



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Fernando Julio Teixeira

**O Controle Externo de Licitações exercido pelo Tribunal de Contas da União à
luz da Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021**

São Paulo
2023

Fernando Julio Teixeira

O Controle Externo de Licitações exercido pelo Tribunal de Contas da União à luz da
Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021

Dissertação apresentada à banca
examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de MESTRE
em Direito Administrativo, sob a orientação
do professor doutor – Clovis Beznos.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Teixeira, Fernando Julio

O Controle Externo de Licitações exercido pelo
Tribunal de Contas da União à luz da Lei n°
8.666/1993 e Lei n° 14.133/2021 / Fernando Julio
Teixeira. -- São Paulo: [s.n.], 2023.

158p. ; cm.

Orientador: Clovis Beznos.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Tribunal de Contas da União (TCU). 2.
Licitações Públicas. 3. Lei n° 8.666/1993. 4. Lei
n° 14.133/2021. I. Beznos, Clovis. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Banca Examinadora

À comunidade da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo pelo apoio
permanente.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente manifesto gratidão a Deus que com seu imenso amor me inspirou a me enveredar pelos caminhos acadêmicos com ânimo de me conduzir ao meu propósito de vida.

Não, definitivamente não foi fácil, o trajeto percorrido até aqui. No entanto, como nada é por acaso, aos poucos descortinando aos meus olhos percebi que esta jornada tinha um fito maior do que culminar na obtenção somente de um título de mestre em direito.

Foi vivendo o processo em todos os seus espectros que notei o discreto, porém constante amadurecimento intelectual, profissional e humano que sem dúvidas fortaleceu todas as minhas estruturas.

Nesta epopeia, a força divina, repise-se, pela imensa misericórdia de Deus, colocou diversos importantes atores para me impulsionar no árduo trilhar.

Como não expressar eterna gratidão ao meu pai Sebastião, minha mãe Edna, minha irmã Carolina e minha amada avó Maria Nazaré por todas as orações, suporte de ordem material e afetiva e as mais venerandas vibrações positivas para conquistas dos meus sonhos.

In memoriam, expresso gratidão e grande sentimento de apertada saudade de minha avó Maria Amélia.

Na mesma esteira, o desiderato se tornou possível e sem sombras de dúvidas, mais leve, com a presença dos meus amados amigos Marconi Santos, Geppetto Teixeira, Jean Carla Dal Bianco, Leandro Sankari, Wilton Dantas, Raphael Peixoto, Jacqueline Sato, Daniela Ferreira e Vitor Bonaldi.

No campo do suporte acadêmico, como não exaltar os profundos ensinamentos do meu professor orientador Clovis Beznos e dos demais docentes José Roberto Pimenta, Márcio Cammarosano, Jacintho Câmara, Gabriel Chalita, Marcia Alvim e Maria Selam, que contribuíram não só para minha formação, como também me conduziram para o caminho da docência pelo salutar exemplo do que de fato um professor deve ser.

Por fim, ainda na seara dos agradecimentos, não posso deixar de manifestar profunda gratidão aos meus doutos e sempre presentes amigos Alexandre Kopczynski, Tassiane Moraes, Carmino Pereira, Filipe Signorelli, Alfredo Albuquerque, Daniel Pastorin, Fernando Laselva e Kennedy de Moraes, os quais, cada

um com suas peculiaridades, paciência e cumplicidade serviram-me de verdadeiros modelos a perseguir de caráter, amizade, inteligência, empatia e dedicação.

Muito obrigado, por tudo!

Com Deus todas as coisas são possíveis
(Mateus 19:26).

RESUMO

TEIXEIRA, Fernando Julio. **O Controle Externo de Licitações exercido pelo Tribunal de Contas da União à luz da Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021.**

O presente trabalho monográfico visa apurar os aspectos centrais do alcance do exercício da atribuição constitucional conferida ao Tribunal de Contas da União, no que diz respeito ao controle externo da atividade administrativa especialmente relacionadas às licitações públicas à luz da Lei nº 8.666/1993 (antiga, porém, ainda vigente lei de licitações e contratos) e da Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos também vigente), desde o seu nascedouro, com a instauração de processo administrativo interno, perpassando pelas fases externas de procedimentos licitatórios e a incidência do controle e seus desdobramentos, tanto sob o espectro da Administração Pública, como também do particular interessado em contratar com o Poder Público. Para tanto, far-se-á indispensável a compreensão atual e histórica do regime de controle exercidos pelos Tribunais de Contas a nível constitucional, para identificação dos contornos de sua atuação, posteriormente conformados pela legislação infraconstitucional e infralegal especializada.

Palavras-chave: Controle Externo. Tribunal de Contas da União. Administração Pública. Licitações Públicas. Lei nº 8.666/1993. Lei nº 14.133/2021.

ABSTRACT

TEIXEIRA, Fernando Julio. **The External Control of Bids exercised by the Federal Court of Accounts in the light of Law No. 8.666/1993 and Law No. 14.133/2021**

This monographic work aims to investigate the central aspects of the scope of the exercise of the constitutional attribution conferred to the Federal Court of Accounts, with regard to the external control of administrative activity, especially related to public bids in the light of Law nº 8.666/1993 (former, however, the bidding and contract law is still in effect) and Law No. 14.133/2021 (new bidding and contract law also in force), since its inception, with the initiation of an internal administrative process, pervading the external phases of bidding procedures and the incidence of control and its consequences, both from the Public Administration perspective, as well as from the individual interested in contracting with the Public Power. To this end, it will be essential to understand the current and historical control regime exercised by the Courts of Accounts at the constitutional level, to identify the contours of their action, subsequently shaped by specialized infra-constitutional and infralegal legislation.

Keywords: External Control. Court Union accounts. Public administration. Public bids. Law No. 8666/1993. Law No. 14.133/2021.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|-------------|---|
| ADI | Ação Direta Inconstitucionalidade |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| DJE | Diário da Justiça Eletrônica |
| INTCU | Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União |
| LINDB | Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro |
| LOTUCU | Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União |
| MS | Mandado de Segurança |
| NLLC | Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) |
| PEC | Proposta de Emenda à Constituição |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| RITCU | Regimento Interno do Tribunal de Contas da União |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TCU | Tribunal de Contas da União |
| SEGECEXTUCU | Secretaria Geral de Controle Externo do TCU |

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 13 |
| 2 | O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 16 |
| 2.1 | Considerações iniciais sobre o controle da Administração Pública . | 16 |
| 2.2 | Espécies de Controle | 21 |
| 2.2.1 | Quanto à localização do ente que exerce o controle..... | 22 |
| 2.2.1.1 | <i>O Controle Interno</i> | <i>22</i> |
| 2.2.1.2 | <i>O Controle Externo.....</i> | <i>25</i> |
| 2.2.2 | Quanto ao órgão que o exerce o controle | 28 |
| 2.2.2.1 | <i>O Controle Administrativo.....</i> | <i>28</i> |
| 2.2.2.2 | <i>O Controle externo legislativo</i> | <i>31</i> |
| 2.2.2.2.1 | Controle Político | 31 |
| 2.2.2.2.2 | Controle Financeiro | 32 |
| 2.2.2.3 | <i>O Controle externo jurisdicional.....</i> | <i>33</i> |
| 2.2.3 | Quanto ao momento que o controle é exercido..... | 34 |
| 2.2.3.1 | <i>O Controle Prévio.....</i> | <i>35</i> |
| 2.2.3.2 | <i>O Controle Concomitante</i> | <i>36</i> |
| 2.2.3.3 | <i>O Controle Posterior.....</i> | <i>37</i> |
| 2.2.4 | Quanto à extensão do Controle..... | 38 |
| 2.2.4.1 | <i>O Controle de Legalidade.....</i> | <i>38</i> |
| 2.2.4.2 | <i>O Controle de Mérito</i> | <i>39</i> |
| 3 | O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 42 |
| 3.1 | Controle externo exercido pelo Tribunal de Contas: uma visão da normatização-constitucional histórica no Estado brasileiro..... | 42 |
| 3.2 | Configuração do Tribunal de Contas na Constituição Federal 1988 . | 49 |
| 3.2.1 | O Tribunal de Contas da União (TCU) | 49 |
| 3.2.1.1 | <i>Áreas e Aspectos do Controle.....</i> | <i>50</i> |
| 3.2.1.2 | <i>Competências.....</i> | <i>52</i> |
| 3.2.1.3 | <i>Composição de seus membros</i> | <i>55</i> |
| 3.2.1.4 | <i>Jurisdição e função jurisdicional.....</i> | <i>57</i> |
| 3.2.1.5 | <i>Posição institucional perante aos Poderes do Estado.....</i> | <i>61</i> |

| | | |
|---------|--|------------|
| 3.2.1.6 | <i>O controle sobre a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União</i> | <i>64</i> |
| 3.3 | Normas constitucionais aplicáveis sobre o controle externo do Tribunal de Contas da União em matéria de licitações e contratos .. | 66 |
| 4 | O CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS LICITAÇÕES DISCIPLINADAS PELA LEGISLAÇÃO GERAL NACIONAL | 75 |
| 4.1 | Normas gerais de licitação e disposições sobre o controle externo do Tribunal de Contas | 75 |
| 4.1.1 | O Decreto-Lei nº 2.300/1986 | 76 |
| 4.1.2 | Sistema da Lei nº 8.666/1993..... | 79 |
| 4.1.3 | Sistema da Lei nº 14.133/2021..... | 90 |
| 4.2 | Instrumentos de Fiscalização do Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo das licitações | 106 |
| 4.3 | Suspensão cautelar de processos licitatórios pelo TCU..... | 114 |
| 4.4 | Observância dos corolários do devido processo legal e controle externo do Tribunal de Contas da União..... | 132 |
| 4.5 | Autotutela administrativa e o controle do Tribunal de Contas e a aplicação de sanções na matéria de licitações | 139 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 146 |

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, tida como carta cidadã e garantidora não só dos direitos sociais e individuais, como também de toda a coletividade, delegou à todas esferas de Poder¹ (Executivo, Legislativo e Judiciário) e as suas respectivas estruturas que formam a Administração Pública, ainda que algumas destas não exerçam função administrativa de forma típica, o dever inescusável e indisponível de realizar a consecução do interesse público com o fito de promover o desenvolvimento nacional, a diminuição das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza, tudo isso visando à criação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Evidentemente que, para realização destes intentos, os Poderes estatais e todas as instituições que o integram devem estar alinhados inexoravelmente ao império do Estado Democrático de Direito, pautando ainda a Administração Pública em todas as suas condutas, à sujeição e observância quanto à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência.

Neste cenário, se por um lado a Carta Magna determinou o exercício de inúmeras atividades buscando o bem-estar da coletividade, necessário se fez o aumento das funções estatais e conseqüentemente o incremento do aparelhamento das estruturas públicas e a atuação mais ostensiva na esfera dos particulares para o alcance deste desiderato.

A partir deste ponto, surge a necessidade de levar-se os olhares para os mecanismos de controle que a própria Constituição Federal determinou que fossem observados, não só para prevenir e combater os desvios públicos, como também para garantir que tais recursos sejam aplicados com maior lisura e eficiência. Aliás, neste campo dos recursos pertencentes ao Erário, pode-se levar a falsa percepção, ante o vultoso tamanho da máquina pública, que estes são infinitos, quando na verdade, não o são.

A finitude ou ao menos a limitação e escassez de recursos, podem ser observadas nas mais diversas funções estatais, tratando-se de verdadeiro problema orgânico-estrutural da Administração, inclusive, de caráter apartidário.

¹ De rigor, necessário advertir que neste trabalho serão empregadas as expressões “Poder” e “Poderes” de forma a apresentar a mesma significação, em que pese as orientações de Celso Antônio Bandeira de Mello que adverte a impropriedade da expressão terminológica “Poderes”, em razão da unicidade do “Poder” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 29).

Aliado a tudo isso, o Estado brasileiro e sua população sofrem diariamente com a malfazeja, espúria e cruel prática de atos de corrupção cometidos pelos agentes públicos e particulares, relacionados com fraudes perpetradas nas licitações públicas.

Por estas razões, o presente estudo, a partir da análise da legislação brasileira e da literatura especializada, como fontes principais desta pesquisa, buscou-se discorrer sobre o sistema de controle da Administração Pública exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nas licitações públicas com ânimo de demonstrar como de fato este controle ocorre, suas peculiaridades e limitações.

Não obstante, quando pertinentes à matéria, também foram utilizadas jurisprudências selecionadas, com ânimo de demonstrar o entendimento atual da corte brasileira sobre as temáticas afetas a este trabalho.

Desta forma, com ânimo de proporcionar uma melhor abordagem didática e metodológica, a partir de uma linha de desenvolvimento coesa e sequencial da pesquisa, o presente trabalho foi dividido em três partes.

Para atingir este desiderato, preocupou-se no primeiro capítulo em versar sobre o controle da Administração Pública, apontando os principais conceitos jurídicos e normas afetas ao exercício das competências fiscalizatórias na atividade estatal. Para tanto, foram apresentados os entes que compõem a Administração Pública Brasileira e que exercem função de controle, bem como se iniciou, de acordo com o recorte temático proposto, a exposição dos tipos de controle e suas respectivas classificações com ânimo de demonstrar dentro de uma visão sistêmica em que espectro se encontra o Tribunal de Contas dentro do Estado brasileiro.

Por sua vez, no segundo capítulo, debruçou-se sobre o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas nas atividades desenvolvidas pela Administração Pública, passando por uma breve síntese histórica a partir dos ditames entabulados na Constituição Federal de 1988. Tendo como paradigma o Tribunal de Contas da União (TCU), posto ser essa Corte a destinatária inicial das disposições constitucionais que tratam do controle exercido pelos Tribunais de Contas que, em atenção à simetria constitucional, devem ser observadas pelas demais Cortes de Contas existentes no Estado Federativo brasileiro, apontou-se os principais aspectos desta entidade controladora: competências, composição de seus membros, jurisdição, posição institucional perante os demais Poderes da Federação entre outros elementos.

Uma vez apresentado o espectro do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, no capítulo terceiro passou-se a demonstrar como ocorre o exercício deste controle sobre a perspectiva das licitações públicas. Com este fito, percorreu-se sobre o arcabouço de normas gerais de licitações no Estado Brasileiro, em especial, a Lei nº 8.866/1993, publicada em 21 de junho de 1993, ainda vigente e a Lei Federal nº 14.133/2021, publicada em 01 de abril de 2021, conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), também em vigor, apontando os principais aspectos sobre a temática afeta ao controle.

Neste caminho, foi apresentada a abrangência do controle do Tribunal de Contas da União nas licitações públicas, desde o seu nascedouro, com a instauração de processo administrativo interno, perpassando pelas fases externas de procedimentos licitatórios e a incidência do controle e seus desdobramentos.

Ao final, apresentou-se as respectivas considerações deste trabalho.

2 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Considerações iniciais sobre o controle da Administração Pública

O presente trabalho possui como núcleo central analisar a forma como o Tribunal de Contas da União realiza suas ações de controle em face da Administração Pública concernente às licitações. Evidentemente que pelo recorte temático, ora proposto, necessário se faz, ainda que de forma sintética, versar sobre os aspectos gerais do controle da Administração Pública com ânimo, inclusive, de facilitar o entendimento sistêmico, tal como posto em nosso ordenamento jurídico.

Partindo-se de uma interpretação semântica sobre a palavra “controle” pode-se extrair o significado de fiscalização, monitorização, verificação, inspeção². Segundo Hely Lopes Meirelles *et al.*³, o “controle, tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. Necessário se faz levantar pontual observação sobre a definição transcrita.

Evandro Martins Guerra⁴ ressalta que não se trata, o controle, de faculdade, mas “na verdade, de poder-dever de fiscalização, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator”.

Ainda sem partir para os contornos jurídicos deste instituto, infere-se que o controle da Administração Pública encerra a noção de execução de atribuições fiscalizatórias e de monitoramento incidentes na máquina pública.

A esse respeito, Odete Medauar, indica dois sentidos (sentido restrito ou técnico jurídico e sentido amplo) que se pode adotar da palavra “controle”, no que tange sua incidência sobre a Administração Pública:

Em acepção restrita considera-se controle a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador em decorrência do confronto que realizou. Daí o conceito seguinte: Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando

² CONTROLE. *In*: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/controle/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

³ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 795.

⁴ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 23.

ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.

Em acepção ampla, o controle significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente. Na acepção ampla se inclui o chamado controle social do que fornece exemplo a representação contra irregularidades a Tribunais de Contas – cidadão que representou não adota medidas jurídicas relativas a decisões ou a agentes, de forma direta, mas pode desencadear do órgão de controle⁵.

Nessa esteira, mister se faz trazer à lume o alcance da expressão “Administração Pública” utilizada neste trabalho, ou seja, apontar quais as entidades estariam sujeitas à ação de fiscalização e controle. É cediço que a função administrativa é predominantemente exercida de forma típica pelo Poder Executivo, o que poderia levar a errônea conclusão de que somente os órgãos ou entes integrantes do Poder Executivo estariam sujeitos ao controle, pois neles estariam o centro da atividade administrativa. Porém, para fins de alcance da expressão Administração Pública sob a égide do controle, ora objeto de estudo, deve ser considerado em seu sentido amplo, haja vista que os demais Poderes (Legislativo e Judiciário) além de suas funções típicas de legislar e julgar, respectivamente, exercem também função administrativa, de forma atípica.

Por função administrativa, adotando o critério objetivo/material identificado por Celso Antônio Bandeira de Mello como único suficiente para distinção das funções do Estado⁶, tem-se:

[...] a função que o Estado ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário⁷.

Isso significa dizer que o objeto do controle a ser exercido em face da Administração Pública não está vinculado ao agente emissor – e ao órgão de Poder a que está vinculado – do ato passível de controle, mas sim que esse ato tenha sido praticado no exercício de função administrativa, nos termos emprestados acima.

⁵ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30-31.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 31.

⁷ *Ibidem*, p. 32.

Nesse sentido, quanto ao objeto do controle, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma o controle sobre seus próprios atos. Esse controle abrange não só órgãos do Poder Executivo, incluindo a administração direta e a indireta, mas também os demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo⁸.

Delineado o alcance da expressão controle da Administração Pública, como o controle que recai tanto ao Poder Executivo, abarcando, inclusive a administração direta e indireta, como também ao Poder Legislativo e ao Judiciário, no exercício de função administrativa, mister se faz analisar a amplitude de “agentes de controle”, assim consideradas as pessoas, físicas ou jurídicas, que o ordenamento em vigor autoriza ou impõe o exercício de função fiscalizatória. Evandro Martins Guerra, ao conceituar o controle, esboça genericamente uma sistematização classificatória, nos termos em que segue:

[...] a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática⁹.

Analisando os contornos do conceito suso referido extrai-se que as atividades fiscalizatórias, de exame, de inspeção, entre outras, podem ser exercidas pela própria Administração, de forma interna, ou por outros Poderes integrantes do Estado, de forma externa, ou seja, no sentido de o ente “fiscalizador” não estar inserido dentro da estrutura orgânica do ente “fiscalizado”.

Ainda se verifica a possibilidade deste controle ser provocado também pelo próprio cidadão ou por meio de suas organizações associativas, haja vista as ferramentas constitucionais existentes tanto para a defesa de seus direitos, como também da coletividade, como por exemplo, em sede judicial, a Ação Popular prevista

⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 931.

⁹ GUERRA, Evandro Martins. *Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 23.

no inciso LXXIII¹⁰, e em sede administrativa, a garantia constitucional do direito de petição, inciso XXXIV, alínea “a”¹¹, ambos previstos no artigo 5º da Carta Magna de 1988.

Aliás, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹³ afirmam que o controle popular da Administração Pública seja provavelmente o mais eficaz e importante.

No entanto, embora a incontestável importância deste controle, também não se pode olvidar que essa participação do cidadão no controle da Administração Pública não o qualifica como autoridade pública juridicamente constituída para exercer por si só o controle, no sentido aqui descrito de integrarem determinado Poder estatal, dependendo, conforme explicitado acima, do manejo de ações ou manifestações para terem suas pretensões atendidas.

Independentemente de quem exerça o controle, possui o condão de analisar de forma gerencial a conduta do ente fiscalizado, a partir da ótica dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e também nos contidos no ordenamento de forma implícita ou explícita, por se tratar de um dever-poder.

Neste contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta a existência dos controles interno e externo, explicando que:

A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a controles interno e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração¹⁴.

Da mesma forma, extrai-se de forma sintética que a Administração Pública está sujeita a controle, o qual pode ser realizado de forma interna, por órgãos que o

¹⁰ Ação Popular. Vide Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

¹¹ Direito de Petição. Vide Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” – “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 931.

¹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 883.

integram, como também de forma externa, por órgãos que não fazem parte de sua estrutura.

Evidentemente que uma sujeição de amplo espectro, repise-se aqui, o sentido amplo de Administração Pública, abrangendo todos os Poderes do Estado brasileiro, não poderia deixar de possuir previsão constitucional na Carta Magna de 1988, por se tratar de patente interferência entre os Poderes independentes e harmônicos entre si.

Neste ponto, o artigo 70 da Constituição Federal, o qual está inserido dentro da seção que versa sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prescreve os seguintes regramentos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder¹⁵.

Pela leitura, extrai-se que o constituinte delineou o objeto do exercício do controle da Administração Pública na medida em que determina que a União, como também as entidades da administração direta e indireta sejam submetidas ao controle quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Além disso, sob este prisma, indica expressamente quem irá exercer a fiscalização dentro do Estado brasileiro: o Congresso Nacional, mediante o controle externo e o controle interno de cada Poder.

Apointa ainda que os atos de controle devem consistir na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, demonstrando-se assim a preocupação do constituinte com o erário público. Preocupação esta que foi intensificada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, ao inserir no artigo 70, o parágrafo 1º que possui verdadeiro rol ampliativo dos sujeitos que devam prestar contas:

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

Nesta alteração ocorrida após 10 (dez) anos da promulgação da Carta Magna de 1988, extrai-se a imposição do dever de prestar contas não só da União e das entidades da administração direta e indireta, mas também qualquer pessoa física ou jurídica, seja pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

Pelo referido comando, a regra de sujeição ao controle e conseqüentemente de suportar atos de fiscalização e de prestação contas se aperfeiçoa simplesmente pela percepção direta ou indireta de recursos que ostentem natureza pública, ou seja, estejam atrelados ao Erário.

2.2 Espécies de Controle

Analisando a literatura especializada, verifica-se que não há um consenso sobre as espécies de controle, existindo diversas classificações, a depender da perspectiva em que se analisa o objeto¹⁶.

Das diversas classificações existentes, destacam-se as procedidas por Evandro Martins Guerra¹⁷ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸, as quais elencam como critérios distintivos: a) quanto ao órgão que o exerce (administrativo, legislativo ou judicial); b) quanto ao momento em se efetua o controle (prévio, concomitante ou posterior); c) quanto a localização do ente que o exerça, integrante ou não da própria estrutura (interno ou externo); e d) sob o aspecto do controle da atividade administrativa a ser controlada (de legalidade ou de mérito).

Também pode-se citar a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ que classifica o controle em interno e externo, sendo este último subdividido em

¹⁶ A tratar de modelos classificatórios cujo objeto seja o controle da Administração Pública, destaca-se compilado taxinômico realizado por Luciano Ferraz. Para além do apanhado referido, o autor sugere nova proposta classificatória, valendo-se dos mais variados critérios distintivos de análise. Cf. FERRAZ, Luciano. Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins) 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁷ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

¹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

controle parlamentar direto, controle pelo tribunal de contas, controle jurisdicional e controle por arbitragem.

Para o recorte temático deste trabalho, repise-se, focado no controle externo exercido pelo Tribunal de Contas nas licitações públicas, valendo-se das lições de Augustín Gordillo²⁰ de que “não existem classificações certas ou erradas, mas sim úteis ou menos úteis ao trabalho a ser desenvolvido”. Elenca-se, inicialmente, os seguintes critérios de classificação quanto ao controle: a) localização que se encontra o ente controlador (interno e externo); b) quanto ao órgão que o exerce (administrativo, legislativo ou judicial); c) o momento que se efetua (prévio, concomitante e posterior) e d) extensão do controle da atividade administrativa (de legalidade ou de mérito).

Por derradeiro, um alerta: as classificações apresentadas estão intrinsecamente ligadas, o que significa dizer que ao se debruçar sobre um aspecto, pode haver pontos comuns de intersecção, como por exemplo, quando tratar do controle interno e o controle dos Poderes, no exercício da função administrativa.

2.2.1 Quanto à localização do ente que exerce o controle

O objeto desta classificação recai sobre o ente ou órgão que exerce o controle da Administração Pública no que se refere a sua localização ou posição em relação ao órgão controlado. Em outras palavras, significa dizer se o órgão “controlador” está contido ou não na estrutura do ente “controlado”. Se estiver, classifica-se o como controle interno, se for alheio, é nomeado como controle externo.

2.2.1.1 O Controle Interno

Como já adiantado acima, o controle interno é aquele exercido pelo próprio Poder sobre sua atividade administrativa, abrangendo evidentemente o controle de seus atos praticados, como também sobre os agentes que o integram. Encerra, portanto, a noção de que o “controlador” está contido dentro do órgão “controlado”.

Neste sentido, Evandro Martins Guerra²¹ explica que se trata de “controle

²⁰ GORDILLO, Augustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Greco, Marco Aurélio. São Paulo: RT, 1997, p. 56.

²¹ GUERRA, Evandro Martins. *Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 25.

decorrente de órgão integrante da própria estrutura na qual se insere o órgão fiscalizado”.

Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² que o controle interno se refere ao “controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes”.

Válido ressaltar distinção realizada por Luciano Ferraz e Fabricio Motta²³ entre o controle interno assim considerado espécie do “sistema de controle interno”, exercido pelos agentes com atribuições funcionais de controle, e o exercício de autocontrole - autotutela administrativa -, voltada a correção pela própria Administração de ato por ela emanado, em razão de interesse público (revogação) ou desconformidade com a ordem jurídica (anulação).

Debruçando-se novamente sobre os mandamentos entabulados na Constituição Federal 1988, deve-se repisar a previsão do artigo 70, já apresentado acima, o qual determina que compete também ao sistema de controle interno de cada Poder, sob o prisma da legalidade, da legitimidade, da economicidade, da aplicação das subvenções e das renúncias das receitas, a fiscalização em geral do erário público.

Neste tocante, reforça Marçal Justen Filho que:

O controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias a tanto²⁴.

A ideia de dever-poder demonstra que atividade de controle é inescusável e indisponível, tanto sob o aspecto da legalidade, como também da oportunidade e conveniência no exercício da atividade administrativa, cujo maior objetivo é proteger o Erário, tanto de forma preventiva, concomitante e posterior.

²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 933.

²³ FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. *Controle das Condições Públicas*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) *Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274. p. 260-261.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 743.

Ainda no âmbito da Carta Magna de 1988, encontra-se entabulado no artigo 74 que os Poderes do Estado devem manter o sistema de controle interno integrado, elencadas as seguintes finalidades:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Sendo atividade de controle interno indisponível e benéfica a todo o Estado, foi também determinado aos Poderes que integrassem seus respectivos controles internos, para atuação coordenada, destacando-se a finalidade de apoiar o controle externo na sua missão institucional.

Sobre estes aspectos Evandro Martins Guerra reforça a importância da integração entre os Poderes, com objetivo monitorar os gastos públicos, *in verbis*:

[...] Assim, cada um dos órgãos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, mediante sistema integrado de controle interno, deve exercer o controle sobre seus próprios atos e agentes. Trata-se de controle inerente à ganância dos dinheiros públicos, ou seja, relaciona-se especificamente com as despesas públicas, observadas pelo próprio órgão controlado²⁵.

Da mesma forma, assevera Carlos Eduardo Rodrigues Cruz que a integração do controle interno é ferramenta imprescindível para o acompanhamento *pari passu* da Administração Pública. Isso porque a mitigação, apequenamento ou inexistência de efetivo controle interno só interessa àqueles que carregam consigo intenções espúrias, *in verbis*:

[...] o sistema de controle interno integrado da União, preconizado nos arts. 70 e 74 da Constituição Federal, é obrigatório, necessário e essencial para controlar as finanças públicas, fiscalizar, auditar e avaliar os programas de governo e contribuir para realização da verdadeira justiça social, ao revés, um controle apequenado, ineficiente e com uma atuação muito pulverizada

²⁵ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 25.

(falta de integração) só interessa aos que possuem severas deformidades morais²⁶.

No mais, importante consignar ainda que o constituinte no parágrafo 1º do artigo suso referido²⁷, impôs aos responsáveis pelo controle interno, o ônus de comunicarem ao Tribunal de Contas da União, inclusive sob pena de responsabilidade solidária, quaisquer irregularidades ou ilegalidades que eventualmente tiverem conhecimento por força da atividade do controle interno.

2.2.1.2 O Controle Externo

Por simetria lógica, se o controle interno é aquele exercido por órgãos integrantes da própria estrutura interna de cada Poder, o controle externo pressupõe o exercício da atividade de fiscalização, de monitoramento, de acompanhamento por entes ou órgãos que não integram a sua respectiva estrutura, tratando-se, portanto, de verdadeira interferência, constitucionalmente admitida, de outros Poderes.

Para fins didáticos, na esteira da explanação do item anterior, o “controlador”, em sede de controle externo, encontra-se fora da estrutura orgânica do ente “controlado”, tratando-se, portanto, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁸, de um *heterocontrole*, em contrapartida, ao controle interno, denominado pelo autor como *autocontrole*.

Evidentemente, pela sua força interventiva em outro Poder (heterocontrole), o que poderia acarretar, se utilizado de forma arbitrária, verdadeira desarmonia entre os Poderes do Estado, deve, ou pelo menos deveria, ser exercido nos exatos limites e alcance previstos no âmbito constitucional, vedando-se interpretações extensivas ou normas infraconstitucionais que destoem do comando do constituinte.

²⁶ CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. Sistema de controle interno integrado da União: necessidade ou simples obrigatoriedade? 2009. 123 f. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Auditoria Interna e Controle Governamental., Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2010, p. 95.

²⁷ Constituição Federal, Art. 74 § 1º “Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

²⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

Conceituando o controle externo, Marçal Justen Filho assim o pormenoriza:

[...] o dever-poder atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto²⁹.

Na mesma esteira, Evandro Martins Guerra explica que:

Externo é o controle exercido por um poder ou órgão distinto, apartado da estrutura do órgão controlado. *Lato sensu*, é externo o controle desempenhado pelo poder judiciário sobre os demais poderes, bem como o cumprido pela administração direta sobre as entidades da administração indireta. Em sentido estrito, o controle externo é aquele exercido pelo poder legislativo, diretamente ou através de órgão especializado, sobre administração direta e indireta dos demais poderes³⁰.

Importante aqui consignar, com ânimo didático, acerca dos conceitos de controle interno e externo que quando a Administração Direta exerce, nos termos da lei, ações de controle em face da Administração Indireta, trata-se de verdadeiro exercício de controle externo, haja vista que do ponto de vista estrutural a primeira (Administração Direta) não está contida na segunda (Administração Indireta) em face de sua autonomia gerencial e ausência de vínculo hierárquico.

Infere-se ainda, dos conceitos apresentados, que o ânimo central da ideia da atividade de controle, repise-se, que possui caráter inescusável, é justamente a proteção do Erário através de fiscalizações, auditorias, inspeções entre outros mecanismos de controle, tendo como norte a observância da Constituição Federal de 1988 e legislação correlata, em todos os seus aspectos formais e materiais.

Neste diapasão, o controle externo da Administração Pública, em sentido lato, pode ser exercido pelo Poder Judiciário, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também denominado por alguns autores como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual se encontra entabulado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal³¹ determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 747.

³⁰ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 25.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

Na mesma banda, a Carta Magna vigente aponta no artigo 70 que compete ao Congresso Nacional o exercício do controle externo da Administração Pública.

E para alcance deste intento, em sede de controle externo em sentido estrito, traz o artigo 71, *caput*, a figura do Tribunal de Contas como entidade auxiliadora para fins do exercício de controle: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]”.

Aliás, Hely Lopes Meirelles *et al.* traz diversos exemplos sobre o exercício do controle externo contidos no ordenamento brasileiro:

Controle externo – É o que se realiza por um Poder ou órgão constitucional independente e funcionalmente sobre a atividade administrativa de outro Poder estranho à Administração responsável pelo ato controlado, como, p. ex., a apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo; a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação de determinada despesa do Executivo; a anulação de um ato do Executivo por decisão do Judiciário; a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo (CF, art. 49, V) ³².

Das observações trazidas acima pelo autor, verifica-se que algumas características devem estar presentes para que o controle externo de fato atinja sua missão constitucional: independência e autonomia.

Para um lidimo e isento controle, é cediço que o Poder ou órgão exercendo a função fiscalizatória deva ter o mínimo de independência e autonomia funcional e orçamentária para exercer suas prerrogativas, sob pena de que se assim não fosse, a atividade de controle estaria fadada ao fracasso desde sua gênese.

Por fim, acerca do controle externo, ensina ainda Celso Antônio Bandeira de Mello que a expressão compreende “o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas e o controle do poder judiciário” ³³, os quais serão objeto de explanação no item subsequente.

³² MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 798.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 891.

2.2.2 Quanto ao órgão que o exerce o controle

Sobre a perspectiva do órgão ou poder que exerce o controle, verifica-se a existência do controle interno administrativo e dos controles externos compostos pelo controle parlamentar direto, pelo controle do Tribunal de Contas e pelo controle jurisdicional.

2.2.2.1 O Controle Administrativo

O controle administrativo é aquele realizado pela própria Administração (Poder Executivo) seja a administração direta ou indireta na fiscalização e controle de suas funções típicas. É também realizado por todos os demais Poderes (Legislativo e Judiciário) quando estes exercem, de forma atípica, a função administrativa. Esta espécie de controle é realizada de forma interna, ou seja, pelos próprios órgãos integrantes de cada Poder, *ex officio* ou mediante provocação de interessado.

Neste caminho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que o controle administrativo é “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre a própria atuação, sob os aspectos da legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”³⁴.

Evidentemente por se tratar de espécie de controle interno, ou seja, pertencente à própria estrutura da entidade, a Administração Pública possui o dever-poder de autotutela que consiste na possibilidade jurídica de determinar a anulação de seus próprios atos quando eivados de vício de ilegalidade ou ainda revogá-los quando não se mostrarem mais convenientes ou oportunos para consecução do interesse público.

A existência da prerrogativa da Administração Pública de anular seus próprios atos é consolidada não só pela literatura especializada, como também pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através da Súmula 346, publicada em 13/12/1963, que preceitua que “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 931.

Ainda no âmbito da excelsa Corte, pela edição da Súmula 473, publicada em 10/12/1969, restou reconhecido não só o instituto da própria anulação já enfrentado, como também o da revogação³⁵, *in verbis*:

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.

Por estas orientações sumulares, é facultado à Administração Pública exercer a autotutela sobre atos praticados com ânimo de extirpá-los quando nulos ou revogá-los quando deixarem de atender o interesse público.

Na legislação infraconstitucional, encontra-se uma pluralidade de comandos normativos indicativos do dever de a Administração Pública rever seus atos desconformes com a ordem jurídica. A título de exemplo, o artigo 53, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal³⁶.

Interessante notar, neste ponto, que o controle administrativo é pleno no sentido que recai não só na possibilidade de anulação sobre aspecto da legalidade concernente na edição de um ato administrativo sem eventual observância legal, como também de mérito, quando se tratar de exercício de competência discricionária, como é o caso do instituto da revogação, no qual os aspectos de conveniência e oportunidade poderão ser revistos.

Evidentemente que a própria orientação da Suprema Corte suso referida já resguarda os direitos adquiridos, como também reforça a possibilidade da apreciação judicial, justamente para que esta prerrogativa não seja utilizada de forma arbitrária.

Neste tocante, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4657/1942, alterada pela Lei nº 13.655/2018), determina no parágrafo

³⁵ No que concerne o tema da revogação, o STF também já definiu tese de repercussão geral, nos seguintes termos: “Ao Estado é facultada a revogação de atos que repete ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo”. [Tese definida no RE 594.296, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602#:~:text=A%20adm%20inistra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial>. Acesso em: 21 mar. 2023.

³⁶ Lei Federal 9.784/1999. Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

único do artigo 20 que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”³⁷.

Motivação essa que, segundo Clovis Beznos, poderá até mesmo servir-se de conceitos jurídicos indeterminados, sendo obrigatório, contudo, sua “tradução *in concreto*”. Isso quer dizer, em obsequiosa observância das condições e consequências práticas do caso sob exame. Segue o autor:

Objetiva o disposto na LINDB impedir o uso de conceitos jurídicos indeterminados? É evidente que não, eis que o artigo 20 somente lhes veda o uso, sem a consideração, das consequências práticas das decisões, o que significa que o intérprete deverá obrigatoriamente trazer o conceito indeterminado, para zona certa, positiva ou negativa, declinando as específicas consequências práticas da decisão³⁸.

Ainda no bojo da LINDB encontramos em seu artigo 21 acerca da motivação da invalidação, os seguintes regramentos:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos³⁹.

Por estes comandos normativos, resta cediço que Administração Pública no exercício da autotutela deve não só motivar sua decisão como também mensurar e demonstrar as possíveis consequências jurídicas e administrativas, pautadas, entre outros princípios, na proporcionalidade, sob pena de invalidação pelo Poder Judiciário.

³⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 [alterada pela Lei nº 13.655/2018]. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

³⁸ BEZNOS, Clovis. A LINDB – Alterações. In: HIJA, Alberto Shinji; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. (Coord.) Temas atuais de direito público: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai. 1ª. ed. Paraná: Thoth, 2017, 255-268. p. 257.

³⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 [alterada pela Lei nº 13.655/2018]. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

2.2.2.2 O Controle externo legislativo

Trata-se de controle externo exercido no âmbito da União pelo Congresso Nacional, no âmbito Estadual pela Assembleia Legislativa e nos Municípios pelas Câmaras dos Vereadores. Também é conceituado por Hely Lopes Meirelles *et al.*⁴⁰ como controle parlamentar e por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹ como controle parlamentar direto. Ainda no âmbito das classificações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴² aponta que dentro do gênero controle legislativo, comporta dois tipos, o primeiro denominado como político e o segundo como financeiro.

2.2.2.2.1 Controle Político

O controle político, em regra, pode versar tanto sobre o aspecto da legalidade, que já é permitido em sede de controle interno, por força da autotutela exercida pela própria Administração Pública e, por via externa, pelo Poder Judiciário, como também em relação ao mérito, em tese vedado ou aplicado com restrição ao poder jurisdicional. Sobre este duplo controle, repise-se de legalidade e de mérito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que:

O controle abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, apresentando-se, por isso mesmo, como de natureza política, já que vai apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público⁴³.

Compulsando a Constituição Federal de 1988, com ânimo de demonstrar este controle de duplo aspecto, pode-se elencar algumas competências⁴⁴ exclusivas do Congresso que versam sobre esta possibilidade, como por exemplo: resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021

⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 943.

⁴⁴ A ideia central neste ponto é trazer exemplos, em um rol não taxativo que demonstrem a possibilidade de o Congresso Nacional, em sede de controle externo, exercer o controle da Administração Pública sobre seus atos tanto sobre o prisma da legalidade, como também da análise de conveniência e oportunidade.

encargos ao patrimônio nacional (art. 49, I), autorizar o Presidente da República a declarar guerra ou celebrar a paz (art. 49, II), autorizar o Presidente da República e o Vice Presidente da República a se ausentar mais de 15 (quinze) dias do País (art. 49, III), aprovar o estado de defesa e a intervenção federal e autorizar o estado de sítio (art. 49, IV), sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou a delegação (art. 49, V), julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República (art. 49, IX), fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X).

Desta feita, ao analisar o exercício do controle parlamentar suscitado acima, denota-se que de fato ele recai não só na legalidade do ato praticado, na verificação se foi ou não editado com total sinergia com o arcabouço legislativo, mas também, nas hipóteses em que previstas constitucionalmente, as razões de conveniência e oportunidade da própria Administração Pública, o que em *ultima ratio* reforça seu caráter político.

Insta consignar no que tange as razões de conveniência e oportunidade, o controle parlamentar está adstrito ao texto constitucional, por conseguinte, as hipóteses previstas na Constituição Federal, pois, como ressalta Karina Houat Harb⁴⁵ “configuraria ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes, motivo pelo qual o referido controle não pode se quer ser ampliado pela legislação infraconstitucional”.

2.2.2.2.2 Controle Financeiro

O segundo tipo dentro do espectro do Poder Legislativo é o controle financeiro, que encerra a noção do exercício da função controladora, com auxílio do Tribunal de Contas (Art. 71). A Carta Magna de 1988, delineou que a titularidade do controle externo da Administração Pública é do Congresso Nacional (Art. 70), apontando que para este mister teria o auxílio do Tribunal de Contas da União, que possui extenso rol de competências (Art. 71), as quais, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶, são amplíssimas.

⁴⁵ HARB, Karina Houat. Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados. 249f. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica – Núcleo de Direito, São Paulo, 2001, p. 213.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

Aqui é importante frisar que em que pese o Poder Legislativo contar com a função auxiliar do Tribunal de Contas, referente à fiscalização financeira, contábil, operacional, patrimonial e orçamentária, a titularidade do controle externo previsto no artigo 70, ainda é do Congresso Nacional.

Neste tocante, a expressão “auxiliar” não encerra a noção de que exista subordinação entre o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União, tampouco que o segundo integre o primeiro, tratando-se, em verdade, de ente dotado de autonomia estrutural e funcional.

Logo, é justamente sobre o Tribunal de Contas da União e como este exerce o controle das licitações públicas que recai o objeto de estudo deste trabalho, que se passa a versar, com maior profundidade no capítulo 3, apontando, à luz do delineamento constitucional, dentre outros elementos, suas competências, composição, jurisdição, posição perante aos Poderes Estatais.

2.2.2.3 O Controle externo jurisdicional

Trata-se de tipo de controle externo, em sentido lato, exercido pelo Poder Judiciário por força do previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por este comando constitucional, verifica-se no direito brasileiro a existência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou seja, estando sujeitos os atos da Administração Pública, em regra, ao controle de legalidade. Diga-se, em regra, porque tormentosa e sempre presente nos debates jurídicos a controversa possibilidade ou não do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo⁴⁷.

Outra característica do controle externo jurisdicional é que ele é dotado de definitividade, ou seja, diz o direito em *ultima ratio*. Neste sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁴⁷ A literatura e a própria jurisprudência têm travado calorosos debates sobre a possibilidade dos órgãos de controle externo, como por exemplo o Poder Judiciário, exercerem algum tipo de controle sobre o mérito do ato administrativo, em especial, os expedidos no exercício de sua competência discricionária. Para aprofundamento na matéria, sugere-se a leitura do texto “Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 913/938).

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto (...) Assim, o Poder Judiciário, as instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados [...]⁴⁸.

Quanto ao momento em que é realizado, conforme assevera Hely Lopes Meirelles *et al.*⁴⁹, normalmente o controle externo jurisdicional ocorre em sede posterior, ou seja, após a produção do ato combatido.

Neste ponto, importante reforçar que este controle posterior se justifica, ao menos em sede do Poder Judiciário, pelo princípio da inércia da jurisdição⁵⁰, necessitando ser provocado para poder atuar.

Por derradeiro, a própria Constituição Federal trouxe mecanismos processuais, tidos também remédios constitucionais⁵¹, para instar o controle jurisdicional: *Habeas Corpus* (Art. 5º, LXVIII), Mandado de Segurança (Art. 5º, LXIX e LXX), Habeas Data (Art. 5º, LXXII), Mandado de Injunção (Art. 5º, LXXI), Ação Popular (Art. 5º, LXXIII) entre outros.

2.2.3 Quanto ao momento que o controle é exercido

Sobre este prisma classificatório, analisa-se qual o momento em que o controle da função administrativa é exercido pelos Poderes: de forma prévia a prática do ato administrativo, de forma concomitante desde sua gênese até a sua conclusão, ou ainda posteriormente ao aperfeiçoamento do ato e conseqüente produção de efeitos.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 896.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁵⁰ O princípio da inércia da jurisdição refere-se ao fato de que o Poder Judiciário só pode entregar o objeto fim da função jurisdicional, qual seja, a pacificação social mediante de prolação de decisão judicial, se devidamente provocado e de acordo com as normas processuais vigentes, sendo vedado, portanto, agir *ex officio* quando não instado a se manifestar.

⁵¹ Os remédios constitucionais podem ser definidos como "(...) garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos" (SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 767).

2.2.3.1 O Controle Prévio

O controle prévio, preventivo ou *a priori* nas palavras de Evandro Martins Guerra⁵² é “o controle exercido antes de ser praticado o ato administrativo, visando prevenir a prática do ato ilegal ou não conivente com interesse público. Ocorre quando o ato administrativo está sujeito a autorização ou aprovação prévia”.

Neste tocante, quanto a necessidade de autorização para aperfeiçoamento do ato, assevera Hely Lopes Meirelles *et al.*⁵³ que o controle prévio “é o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito de sua eficácia”. Na mesma esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁴ afirma que o controle prévio se trata de “um controle preventivo, porque visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público”.

Pelas conceituações, ora colhidas, extrai-se que este controle visa justamente impedir que o ato administrativo seja produzido ou exteriorizado com vícios por inobservância ao ordenamento jurídico ou que atentem contra o interesse público, bem como os princípios norteadores da atividade pública estatal, entabulados no artigo 37 da Carta Magna vigente (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Encerra também a noção, em regra, da necessidade de autorização prévia ou uma espécie de chancela para prosseguimento do ato, podendo ser exercido tanto em sede de controle interno ou externo que, como se verá mais adiante, era nota caracterizadora da função de controle dos Tribunais de Contas até a promulgação da Constituição de 1967.

Trazendo elementos históricos sobre este tipo controle Antônio Roque Citadini, em especial na visão do controle externo, explica que:

O exame prévio dos atos da Administração constitui modalidade de verificação das mais antigas dos órgãos de controle externo. Este tipo de controle consiste em submeter-se ao Tribunal ou Controladoria o ato do administrador antes que ele vigore plenamente, antes que ele se complete.

⁵² GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 25.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 798.

⁵⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 931.

Assim, nas variadas formas em que existiu, o órgão de controle referendava a decisão do Executivo ou considerava ilegal o ato, e então era anulado⁵⁵.

No mais, conforme será objeto de análise mais acurada no próximo capítulo deste trabalho, este tipo de controle é criticado por causar verdadeiro travamento das ações e programas desenvolvidos pela Administração Pública, levando-se em questão, inclusive, o aumento das funções estatais.

2.2.3.2 O Controle Concomitante

O controle concomitante, diferentemente do primeiro, refere-se não mais de uma autorização prévia para edição do ato administrativo, mas sim, o acompanhamento *pari passu* desde sua gênese.

Segundo o conceito de Hely Lopes Meirelles *et al.* o controle concomitante ou sucessivo refere-se a:

[...] todo aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação, como, p. ex., a realização de auditoria durante a execução do orçamento; o seguimento de um concurso pela corregedoria competente; a fiscalização de um contrato em andamento⁵⁶.

Acerca da temática deste trabalho, Antônio Roque Citadini explica que é o tipo de controle exercido pelos Tribunais de Contas e Controladorias de forma mais usual:

Este sistema é o mais adotado pelos Tribunais e Controladorias no mundo atual e constitui forma de verificação pela qual o órgão de controle executa sua ação verificadora a partir do ato da Administração; enquanto o gestor público ainda está implementando sua decisão. Diferentemente do método prévio, que imobiliza a Administração até a decisão do órgão controlador e igualmente diferente dos sistemas de controle “a posteriori”, que imobiliza o controlador enquanto a decisão do Administrador está em execução, o controle concomitante ocorre conjuntamente com a ação do gestor público⁵⁷.

⁵⁵ CITADINI, Antonio Roque. O controle externo da administração pública. São Paulo: Max Limonad, 1995, p.34.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 798.

⁵⁷ CITADINI, Antonio Roque. O controle externo da administração pública. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 36.

Em síntese, pode-se extrair que a atuação do controle recai no momento que a Administração Pública está executando seus atos, não immobilizando a atuação estatal, e ainda mantendo-se o caráter preventivo de obstaculizar eventuais danos ao Erário.

2.2.3.3 O Controle Posterior

Já a noção de controle posterior traz a ideia de um controle exercido de forma superveniente a edição do ato administrativo, ou seja, o controle principal incide de forma posterior a sua exteriorização, quando já entrou em execução.

Segundo o conceito de Hely Lopes Meirelles *et al.*, que o classifica como controle subsequente ou corretivo:

É o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando a corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia. Exemplos: a homologação do julgamento de uma concorrência, o visto das autoridades superiores em geral. O controle subsequente tem o objetivo de proceder a avaliações periódicas, como nas prestações anuais de contas, e possui conteúdo corretivo e, eventualmente, sancionador⁵⁸.

Neste tocante, difere-se, portanto, do controle prévio, como também do concomitante na medida que o ato, objeto de controle, já foi praticado, ou seja, já se aperfeiçoou.

Um exemplo prático dentro da temática deste trabalho é a descoberta, seja em sede de controle interno ou externo, que após o encerramento de uma licitação, inclusive, com a respectiva adjudicação do objeto ao licitante vencedor, da inobservância normativa quanto a publicização do instrumento convocatório. No exemplo em comento, a depender da extensão da violação normativa, inclusive se não for passível de convalidação, deverá a Administração declarar nulos os atos praticados, *ex officio* ou mediante provocação, valendo-se de seu dever de autotutela.

De outra banda, se estivermos em sede de controle externo, por exemplo, o Tribunal de Contas da União, em sede de controle posterior, poderá determinar à Administração Pública que adote as devidas providências com ânimo de extirpar os atos maculados ou ainda, tratando-se de controle externo jurisdicional, o Poder Judiciário poderá anulá-lo diretamente, resguardando, evidentemente, o contraditório

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 798.

e ampla defesa. De qualquer forma, no exemplo hipotético citado, o controle ocorreu de forma superveniente à conclusão do ato.

Neste tocante, reforça-se a ideia norteadora deste controle: a correção da ilegalidade, não obstante poder dizer respeito também, de forma mais restrita, ao mérito administrativo (nos casos de desvio de finalidade, por exemplo), já praticados ou consumados. De acordo com Luiz Henrique Lima⁵⁹, “o controle subsequente tem o objetivo de proceder a avaliações periódicas, como nas prestações anuais de contas, e possui conteúdo corretivo e, eventualmente, sancionador”.

Valendo-se novamente do conceito de Antônio Roque Citadini, verifica-se que o sistema de controle *a posteriori* caracteriza-se:

[...] pela apreciação dos atos da Administração, após sua consumação, de forma que a Administração não tem qualquer obrigação de aguardar, prévia ou contemporaneamente, o órgão de controle, que suas decisões sejam apreciadas, sendo a manifestação do Tribunal ou Controladoria sempre posterior à sua execução⁶⁰.

Na literatura especializada existem críticas ao controle posterior, quando priorizado como única forma de análise da atividade administrativa, haja vista que, nas palavras de Antônio Roque Citadini⁶¹, as instituições de controle, se assim o fizessem, teriam caráter ornamental e quase inútil.

2.2.4 Quanto à extensão do Controle

No que tange à extensão do controle, ou em outras palavras, sobre o objeto que recai a atividade fiscalizadora, classifica-se em controle de legalidade e controle de mérito.

2.2.4.1 O Controle de Legalidade

⁵⁹ LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992705/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 5.

⁶⁰ CITADINI, Antônio Roque. O controle externo da administração pública. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 36.

⁶¹ CITADINI, Antônio Roque. O controle externo da administração pública. São Paulo: Max Limonad, 1995.

A legalidade é pressuposto inafastável do Estado Democrático de Direito, um dos mecanismos capazes de manter a ordem social, haja vista que seus integrantes devem observar e cumprir a norma estatal posta, sob pena de sofrerem restrições no exercício de seus direitos, como também de terem que suportar a imposição de sanções.

Partindo-se deste ponto, no âmbito da Administração Pública, esta deve nortear o desenvolvimento de sua atividade sobre o manto da legalidade, não detendo autonomia de vontade, característica esta presente no direito privado, e só deve fazer ou executar o que de fato, expressamente, a lei lhe permite, sob pena de ter seus atos inválidos pelo controle externo jurisdicional. Assim, Evandro Martins Guerra⁶² explica que “o controle de legalidade objetiva a verificação do ato aos dizeres da lei. Deve ser exercido pelos três poderes, em obediência ao princípio constitucional segundo o qual se permite ao administrador público fazer somente aquilo que a lei prescreve”.

Na mesma esteira, o ato controlado sob o aspecto da legalidade deve evidentemente respeitar ainda os princípios norteadores da Administração Pública, não podendo deles se afastar. Versando Hely Lopes Meirelles *et al.* sobre o controle de legalidade ou legitimidade explica que:

É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. Assim, para fins deste controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores⁶³.

Em resumo, controlar o ato praticado pela Administração Pública sob o prisma da legalidade, significa em *ultima ratio* submetê-lo ao teste de conformidade, tendo como paradigma o arcabouço jurídico vigente, o que acarreta a possibilidade deste controle ser exercido por todos os Poderes.

2.2.4.2 O Controle de Mérito

⁶² GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 26.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 799.

Não menos importante, porém polêmico, como já lançado acima, é o controle externo incidente sobre o mérito do ato administrativo.

Lançar mão deste controle em face ao ato exarado pela Administração Pública significa dizer que o controlador irá analisar, fiscalizar e acompanhar as razões do administrador no exercício de sua competência discricionária que ensejaram a edição do ato.

Neste contexto, pode-se afirmar de plano, conforme trata Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁴ que é possível o controle de mérito pela própria Administração e demais Poderes quando no exercício da função administrativa, justamente pela possibilidade de serem dotados de autotutela, como também, pelo Poder Legislativo, com limitações.

Sobre estas limitações reforça Hely Lopes Meirelles *et al.*⁶⁵ que “esse controle compete normalmente à Administração, e em casos excepcionais, expressos na Constituição, ao Legislativo (CF, art. 49, IX e X)⁶⁶, mas nunca pelo poder judiciário”.

Não obstante, em posição de divergência sobre o controle dos atos administrativos expedidos no exercício da competência discricionária, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe (...) pelo qual pode se garantir o atendimento da lei⁶⁷.

É certo, portanto, também observância ao desenvolvimento histórico da jurisprudência nacional um maior reconhecimento da legitimidade conferida ao Poder Judiciário para rever atos expedidos no exercício de competência discricionária, com

⁶⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 799.

⁶⁶ A fim de ilustrar o exemplo citado por Meirelles *et al.* (2016) apresenta-se o inteiro teor do artigo 49, incisos IX e X ambos constantes na Constituição Federal: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 928.

contemperamentos, em face mesmo da supracitada inafastabilidade função jurisdicional.

3 O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Controle externo exercido pelo Tribunal de Contas: uma visão da normatização-constitucional histórica no Estado brasileiro

No capítulo anterior, abordou-se que a Administração Pública em sentido *lato sensu*, compreendida pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário e demais entidades que integram a estrutura estatal, ainda que alguns destes exerçam a função administrativa de forma atípica, sujeitam-se ao controle interno de seus próprios órgãos especializados, encerrando a noção de autocontrole, como também ao controle externo, pelos Poderes e Órgãos autônomos que receberam este mister da Constituição, tratando-se, neste caso, de heterocontrole.

Evidentemente que a ideia de controle da Administração Pública possui o condão de perpetrar uma fiscalização sistêmica do Erário sob diversos aspectos, como o orçamentário, contábil, financeiro, patrimonial, entre outros. Em resumo: o controle busca não só verificar a aplicação correta dos recursos públicos, mas também analisar sua legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência. Tudo isso, com ânimo de prevenir e repelir os atos de corrupção e malversação dos dinheiros e rendas públicas.

Neste contexto, a extrema necessidade do controle externo é justificada por diversas vozes sob supedâneos supostamente fáticos, na medida em que as fraudes em licitações públicas se tornaram cada vez mais contumazes, reiteradas e aprimoradas, atingindo todas as esferas de Poder.

Para tanto, mister se faz discorrer sobre o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, o qual para fins semânticos, também poderá ser referenciado neste trabalho como Corte de Contas.

A possibilidade de controle da Administração Pública, em especial, quanto à administração de bens públicos e seus respectivos gastos são, evidentemente, características de Estados democráticos. Neste sentido, explica Antônio Roque Citadini que:

No Estado Democrático, entendendo-se como tal organização do país com poderes limitados, com dirigentes eleitos periodicamente, em eleições livres, por sufrágio universal e voto direto e secreto e garantindo as liberdades fundamentais da pessoa humana, torna-se imprescindível que os atos de índole financeira da Administração sejam controlados por um órgão eterno a

própria Administração e dotado de autonomia e de garantias, para desempenho das funções⁶⁸.

É característico de um Estado Democrático de Direito que haja instituições de controle para o próprio bem-estar da nação, não só no sentido de desenvolvimento financeiro e estrutural, como também para o fomento da erradicação das desigualdades sociais e ainda o desenvolvimento de um espírito de confiança estatal.

De outra banda, o inverso também é verdadeiro, como afirma Antônio Roque Citadini⁶⁹, no sentido de que nos regimes ditatoriais, em regra, seus autocratas, não desejam ou não aceitam que seus atos sejam controlados.

Para melhor compreensão da configuração atual do Tribunal de Contas da União, bem como seu importante mister no controle dos gastos públicos, necessário se faz, à luz do direito brasileiro, ainda que de forma sucinta, revisitar o histórico de sua gênese, bem como analisar como o controle da Corte de Contas em face da Administração Pública foi positivado nas Constituições Federais que antecederam a atual Carta Magna de 1988 sob o prisma do controle prévio e posterior, conceitos estes já apresentados no capítulo anterior.

A história aponta que a tentativa de se criar um Tribunal de Contas no Brasil, remonta desde a época do Império do Brasileiro, regido por Dom Pedro II. Neste sentido, explica José Afonso da Silva⁷⁰ que “a tentativa de instituir Tribunal de Contas, no Brasil, por primeira vez foi ideia dos Senadores do Império, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges, em 1826”.

No entanto, o Tribunal de Contas Brasileiro começa a ganhar seus contornos e formas, somente após a Proclamação da República, através do Decreto nº 966-A de 7 de novembro de 1890⁷¹ de autoria de Rui Barbosa que sob o governo do presidente Deodoro da Fonseca, exerceu o cargo de ministro da Fazenda.

Em sua exposição de motivos que guarneceu a expedição do referido decreto, aduziu Rui Barbosa que:

⁶⁸ CITADINI, Antonio Roque. O controle externo da administração pública. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 12.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁰ SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 767.

⁷¹ BRASIL. Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despeza da Republica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 nov. 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 10 mar. 2023.

Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providencia, que uma sociedade política bem constituída pôde exigir de seus representantes. Referimo-nos à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover ás necessidades publicas mediante o menor sacrifício dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saibo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar lhe o curso traçado⁷².

Em sua motivação, extrai-se que desde o nascedouro da República do Brasil já se tinha a preocupação com a consecução do melhor trato com erário e sua otimização, bem como o fortalecimento dos mecanismos de controle para justamente combater todos os tipos de desvios, o que serviu como base para criação do Tribunal de Contas.

De fato, ao analisar os artigos 1º e 2º do Decreto nº 966-A/1890⁷³, verifica-se que o Tribunal de Contas tinha como incumbência o exame, revisão e julgamento de todos os atos de receita e despesa, bem como o mister de realizar o controle prévio dos dispêndios públicos, necessitando, em regra, o registro e visto da Corte de Contas para poderem ser executados.

No entanto, em que pese a edição do referido decreto, foi somente com a edição da Constituição Federal de 1891⁷⁴ que o Tribunal de Contas alçou o status constitucional e de fato começou a exercer suas funções. Neste sentido, explica Bernardo Rosa Siqueira⁷⁵ que “a constituição de 1891, portanto, instituía com efeito o Tribunal de Contas, pois aquele que o Decreto nº 966-A modelou, jamais tivera a existência efetiva visto não haver exercido as suas atribuições’.

⁷² BARBOSA, Rui. Exposição de Motivos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out/dez 1999. p. 253.

⁷³ Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despeza da Republica. Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos differentes Ministerios, susceptiveis de crear despeza, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os creditos votados pelo Poder Legislativo.(BRASIL. Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despeza da Republica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 nov. 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 10 mar. 2023).

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁷⁵ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, p. 145-215, 1999, p.158.

Analisando os ditames desta Constituição, verifica-se por força do artigo 89⁷⁶, que o Tribunal de Contas possuía a incumbência somente de liquidar as contas da receita e da despesa, além de fazer a verificação de sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso, deixando a Carta Magna de 1981 de delinear os contornos deste controle. Nesse sentido, Odete Medauar⁷⁷ explica que “vê-se, portanto, que a Constituição de 1891 não o incluiu em nenhum dos capítulos dedicados à disciplina de organização e funcionamento dos poderes [...]”.

Com a edição da Constituição Federal de 1934⁷⁸, houve a revitalização⁷⁹ das competências e incumbências constitucionais do Tribunal de Contas, as quais foram disciplinadas nos artigos 99 a 102⁸⁰, dentro do Capítulo IV denominado como “Dos Órgãos de cooperação nas atividades governamentais”.

Dentre estas, destacaram-se, o exercício do controle prévio de contratos, os quais só seriam reputados perfeitos e acabados quando registrados e chancelados

⁷⁶Art. 89 É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença. (BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

⁷⁷ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 128.

⁷⁸ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁷⁹ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, p. 145-215, 1999, p.177.

⁸⁰ Art 99 - É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Art 100 - Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e terão as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema. Parágrafo único - O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciários. Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo. § 1º - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste. § 2º - Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex officio para a Câmara dos Deputados. § 3º - A fiscalização financeira dos serviços autônomos será feita pela forma prevista nas leis que os estabelecerem. Art 102 - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado. (BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

pelo Tribunal de Contas, como também qualquer ato da Administração que resultasse a obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional.

Interessante apontar que a recusa do registro no caso de contratos teria o condão de suspender sua execução até o pronunciamento do Poder Legislativo.

No tocante aos motivos de recusa deste registro tanto de atos, quanto de contratos, denota-se que poderiam ocorrer, por exemplo, por ausência de saldo de crédito ou por imputação como crédito impróprio, que nestes casos, teriam como o desfecho final, o caráter proibitivo de execução. Neste ponto, explica Bernardo Rosa Siqueira que:

[...] Nota-se, pois, que a Constituição de 1934, reabilitou o registro prévio das despesas do Tesouro Nacional, tendo efeito proibitivo as recusas de registro decorrentes de falta de dotação ou impropriedade de classificação. Quando o motivo da recusa fosse outro, o registro era feito sob reserva – com ressalva -, e encaminhado recurso ao Congresso Nacional⁸¹.

Ademais, também constou no rol das competências da Corte de Contas a incumbência de realizar parecer prévio sobre as contas do Presidente da República.

Acerca desta última incumbência, com a edição, já no regime autoritário, da Constituição Federal de 1937⁸² foram suprimidas grande parte de suas atribuições constitucionais, entre as quais o dever governamental de prestar contas. Neste sentido, afirma Flávio Garcia Cabral que:

Esse avanço constitucional em relação ao TCU foi passageiro, uma vez que, em 10 de novembro de 1937, agora sob um regime autoritário, teve início o “Estado Novo”, com uma nova Constituição – a “Polaca” -, que alterou de forma significativa a feição daquela Corte. Assim, como exemplo maior deste retrocesso constitucional, tem-se a retirada do texto constitucional da obrigatoriedade governamental de prestação de contas⁸³.

⁸¹SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, p. 145-215, 1999, p.177-178.

⁸²BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁸³CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 98.

Da mesma forma, no que se refere à questão do exercício do controle prévio de atos e contratos a cargo do Tribunal de Contas, explica Bernardo Rosa Siqueira⁸⁴ que “na vigência da Constituição de 1937, alguns tipos de contratos passaram a prescindir de registro junto ao Tribunal, o mesmo ocorrendo com despesas de representação, excursão, hospedagem e homenagens[...]”

Aliás, acerca destas limitações e impactos na competência e autonomia do Tribunal de Contas, o referido autor explica que:

Os atos atentatórios às leis orçamentárias não eram considerados, consoante nova Constituição, como crime de responsabilidade. Em decorrência das circunstâncias institucionais pelas quais passava o Brasil, o papel do Tribunal achava-se limitado, vez que aquele órgão estava completamente atrelado ao Ministério da Fazenda, de cuja estrutura administrativa fazia parte, e a cujo pertencimento o seu pessoal técnico e por cujo orçamento corriam as dotações de suas despesas⁸⁵.

Com edição da Constituição Federal 1946⁸⁶, por sua vez, no que tange ao controle prévio exercido pelo Tribunal de Contas, os contratos que interessassem à receita ou à despesa só se reputariam perfeitos se registrados pelo Tribunal de Contas, e caso houvesse recusa da Corte de Contas, a sua execução seria suspensa até a manifestação do Congresso Nacional. Já os atos que resultassem em obrigação de pagamento para o tesouro nacional, estariam sujeitos à registro junto ao Tribunal de Contas não só forma prévia, como nos diplomas constitucionais anteriores, como também de forma posterior, a depender do que a lei estabelecesse sobre a edição do respectivo ato. Neste caminho, reforça Bernardo Rosa Siqueira que:

Dispôs ainda a Constituição que os contratos que, de qualquer forma, interessassem à receita ou à despesa, só se considerariam perfeitos depois de registrados pelo Tribunal, suspendendo-se a sua execução em caso de recusa, até a manifestação do Congresso Nacional. Ademais, consoante o disposto no referido texto constitucional, qualquer ato da administração pública de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste, ficaria sujeito a registro prévio ou posterior, conforme a lei estabelecesse⁸⁷.

⁸⁴ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, p. 145-215, 1999, p.180.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 181.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁸⁷ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, p. 145-215, 1999, p.183.

No mais com a edição da Constituição da República de 1967⁸⁸, apesar de autoritária, manteve, com certas limitações, a missão institucional do Tribunal de Contas. Neste contexto, explica Flávio Garcia Cabral que:

Advinda de um novo regime autoritário, por meio do golpe militar de 1964, ainda que em caráter diverso das feições de vários regimes ditatoriais clássicos, uma vez que se manteve a continuidade institucional, porém, delimitando sua atuação e poderes, a nova Lei Maior buscou engrandecer os poderes Executivo, mitigando, por consequente, os instrumentos de controle externo⁸⁹.

Uma alteração que merece destaque, é que diferentemente dos regimes constitucionais anteriores, o modelo do controle a partir da Constituição de 1967, inclusive, o mesmo adotado pela atual Carta Magna de 1988, passou de prévio, em regra, para ser posterior. Tal mudança se fez necessário, haja vista o aumento das funções estatais e as críticas no tocante de que a manutenção do controle prévio do Tribunal de Contas acarretava uma espécie de engessamento da máquina pública. Sobre esta temática afirmam Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara que:

Em 1967, portanto, a regra de controle mudou. A atuação fiscalizatória concentrou-se, basicamente, na análise e correção de despesas já efetuadas. A função do controle, portanto, centrou-se na repressão ao gasto ilegal, irregular, de recursos públicos. Esse modelo de controle a posteriori foi mantido pela Constituição de 1988. Ou seja, a realização de despesas, em especial, as decorrentes de contratações da administração, deixou de ser condicionada à prévia anuência e aprovação dos Tribunais de Contas⁹⁰.

Pelas lições acima, o controle do Tribunal de Contas da União em face a Administração Pública à luz da Constituição Federal de 1988, como regra, é posterior, não se fazendo necessário qualquer chancela ou autorização prévia para que as licitações e contratações sejam deflagradas e executadas.

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 21 abr. 2023

⁸⁹ CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 98.

⁹⁰SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. Rda - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, ago. 2011, p.115.

Aliás, sobre este ponto, como será demonstrado no desenvolvimento deste trabalho, na seara das licitações, o Tribunal de Contas da União tem a possibilidade de realizar o controle concomitante do certames, de caráter preventivo, o qual não se deve ser confundir com o controle prévio, haja vista que a Administração Pública, repise-se, não necessita, em regra, no espectro dos certames licitatórios de chancela do TCU.

Por derradeiro, o controle concomitante é considerado uma ferramenta moderna e eficiente, que pode coexistir junto com as demais formas de controle (prévio ou posterior). Sobre esta temática, explica Antonio Roque Citadini que:

Este sistema, que convive em muitos órgãos com formas de controle posterior e prévio, é hoje o que melhor se adapta às necessidades do Estado Moderno, permitindo, aos órgãos de controle exercer as atualizadas técnicas de auditoria e atender aos reclamos do Parlamento e da opinião pública⁹¹.

3.2 Configuração do Tribunal de Contas na Constituição Federal 1988

3.2.1 O Tribunal de Contas da União (TCU)

A Constituição Federal de 1988 disciplinou na Seção IX, intitulada da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, especificamente, nos artigos 70 a 75 as competências, prerrogativas, composição, requisitos de investidura e organização do Tribunal de Contas para o exercício do controle externo da Administração Pública. À luz da temática, aduz Hely Lopes Meirelles *et al.* que:

O controle externo visa comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas⁹².

Sob o enfoque do presente trabalho, especialmente, sobre o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nas licitações públicas, passa-se a discorrer sobre suas particularidades, as quais, pelo princípio da simetria

⁹¹ CITADINI, Antonio Roque. O controle externo da administração pública. São Paulo: Max Limonad, 1995, p.39

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 799.

constitucional⁹³ funcionam como pedra fundamental para disciplinar, direcionar e reger os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como os Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Aliás, de forma expressa neste sentido, dispõe o artigo 75 da Constituição, *in verbis*:

As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios⁹⁴.

Pela leitura acurada deste mandamento, o constituinte estadual deve observar os regramentos da Carta Magna federal, haja vista, como já dito anteriormente, o exercício do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas seja na função de auxílio ao Congresso Nacional, seja no exercício de suas funções autônomas não podem ultrapassar ou inovar os limites estabelecidos na Constituição Federal, se tratando de conteúdo mínimo de normas de reprodução obrigatória.

3.2.1.1 Áreas e Aspectos do Controle

Pelos mandamentos constitucionais percorridos até agora, é cediço que o Tribunal de Contas da União tem como incumbência constitucional de realizar a fiscalização da Administração Pública nas seguintes áreas: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública em sentido amplo.

Entende-se por *fiscalização contábil*, nas palavras de Harrison Leite⁹⁵, a área que “[...] se preocupa em analisar os registros contábeis voltados aos lançamentos, balanço, escrituração sintética e à observância das regras de contabilidade pública contidas na Lei nº 4.320/64 e na Lei de Responsabilidade Fiscal”.

⁹³ O princípio da simetria constitucional consiste na observância cogente das constituições dos Estados dos ditames inseridos na Constituição Federal. Neste sentido, explica Gilmar Ferreira Mendes que “A exuberância de casos em que o princípio da separação de Poderes cerceia toda a criatividade do constituinte estadual, levou a que se falasse num princípio da simetria, para designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 867).

⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁹⁵ LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 497.

Quanto às áreas de fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o autor suso referido, em sua literatura especializada, apresenta os seguintes conceitos, os quais, para fins didáticos colacionamos:

A fiscalização *orçamentária* se dá com o fim de alcançar, ao máximo, a concretização das normas das previsões constantes no orçamento. Na fiscalização *financeira*, volta-se ao controle de arrecadação das receitas e à efetivação das despesas. No aspecto *operacional*, a atenção se volta para o cumprimento de metas de metas, resultados e eficácia na gestão dos gastos públicos. Aqui também são analisados a moeda, o crédito e o endividamento público. E, por fim, no aspecto *patrimonial*, o foco está análise do patrimônio público, seu crescimento ou sua redução, de acordo com os fatores previstos no orçamento.⁹⁶

Uma vez apresentado o conceito destas áreas de controle, para consecução deste mister fiscalizatório, a Corte de Contas deve pautar as atividades fiscalizatórias sobre determinados aspectos ou perspectivas elencadas também no artigo 70 da Constituição, quais sejam: legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Importante repisar que tais aspectos se encontram explicitados também no artigo 1º, parágrafo 1º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União⁹⁷.

O aspecto da *legalidade*, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁸, refere-se ao “[...] controle de legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações”.

Já o da *legitimidade* versa sobre o dever de analisar a atividade controlada, por exemplo, área financeira, patrimonial e contábil não só sob a perspectiva de que foram observados todos os ditames normativos formais para edição do ato (legalidade), mas, sim, se a finalidade pretendida fora alcançada. Neste sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma que:

Traduz o controle da legitimidade a aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos

⁹⁶ LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 497.

⁹⁷ Art. 1º (...) §1º “No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁹⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 945.

alcançados ou pretendidos. Neste itinerário desde a preparação do ato administrativo até sua consumação, devem operar em plenitude, os vetores da impessoalidade e supremacia do interesse público⁹⁹.

No que se refere ao aspecto de *economicidade*, encerra a noção do equilíbrio entre custo despendido e o benefício alcançado com a consecução do ato. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁰ o controle de economicidade “[...] envolve também a questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício”.

No que se refere à *aplicação de subvenções*, extrai-se das lições de Harrison Leite¹⁰¹ que se refere à “verificação se os valores repassados aos entes sem fins lucrativos foram realmente aplicados naquilo que se comprometeram a gastar”, bem como que a *renúncia de receitas* trata-se, em suas palavras, de “análise se as desonerações fiscais (isenções, deduções ou reduções da base de cálculo, reduções de alíquotas) realizadas atingiram ou não a sua finalidade”.

Por derradeiro, Odete Medauar, ressalta que a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas não se tratam de aspectos de fiscalização. Neste sentido, defende que:

O controle do Tribunal de Contas recai sobre os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade das matérias supra, daí a palavra quanto, a precedê-los, no art. 70, caput. Os termos aplicação de subvenções e renúncia de receitas, que sucedem à menção dos três aspectos, estão aí presentes de forma inadequada, pois não se revestem no sentido de aspecto das fiscalizações, sendo, isto sim, atuações da Administração sob o controle dos Tribunais de Contas [...]¹⁰².

3.2.1.2 Competências

As competências do Tribunal de Contas da União estão entabuladas no artigo 71 da Constituição Federal de 1988, as quais versam sobre suas prerrogativas, seja na qualidade de órgão auxiliador do Congresso Nacional, como também no exercício

⁹⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 49.

¹⁰⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 945.

¹⁰¹ LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 496.

¹⁰² MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 131.

de funções autônomas de julgamento, fiscalização, aplicação de sanções e sustações de atos.

No espectro das classificações pertinentes às funções ou competências do Tribunal de Contas da União, encontram-se na literatura especializada diversas sistematizações. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰³, por exemplo, aglutina as funções em fiscalização financeira propriamente dita, de consulta, de informação, de julgamento, sancionatórias, corretivas e de ouvidor.

Evandro Martins Guerra¹⁰⁴, por sua vez, as classificam como: opinativa, fiscalizadora, corretiva e jurisdicional. Já Hely Lopes Meirelles *et al.* as nomeiam como:

As atividades dos Tribunais de Contas do Brasil expressam-se fundamentalmente em funções técnicas opinativas, verificadores, assessoradoras e jurisdicionais administrativas, desempenhadas simetricamente tanto pelo TCU quanto pelos dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios que os tiverem [...] ¹⁰⁵.

Ainda na seara das classificações encontradas na literatura especializada, sobre as competências do TCU, Benjamin Zymler as dividem como:

As competências constitucionais do TCU dividem-se em *parajudiciais* e *fiscalizadoras*. A função parajudicial é desempenhada quando o Tribunal julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nos processos de tomada e prestação de contas anual ou tomada de contas especial, bem assim, quando aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares, para fins de registro. As demais competências constitucionais do TCU, de natureza fiscalizatória, assim se resumem: a) fiscalizar as aplicações de subvenções e a renúncia de receitas; b) realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais; d) fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios; e) prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas; f) aplicar sanções e determinar providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade [...] ¹⁰⁶.

¹⁰³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

¹⁰⁴ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 827.

¹⁰⁶ ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 268-269.

Não obstante às diversas classificações apontadas, podem-se dividir estas em duas frentes principais: a primeira quando o Tribunal de Contas da União exerce a função auxiliar do Congresso Nacional e a segunda quando age exercendo suas funções constitucionais sem interação, em regra, com o Parlamento. Necessário asseverar que em ambos os casos o Tribunal de Contas possui autonomia funcional para os exercícios de seus misteres, o que significa dizer que não há a existência de vínculo de subordinação com o Poder Legislativo,

Nas atribuições relacionadas à função auxiliar, pode-se citar: a elaboração de parecer prévio das contas prestadas pelo Presidente da República para embasar o julgamento do Congresso Nacional (art. 71, inciso I); realizar por pedido da Câmara dos Deputados, do Senado, de Comissão Técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias no âmbito de sua fiscalização, inclusive nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais órgãos da Administração Pública (art. 71, inciso IV), prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por quaisquer de suas casas, ou por suas Comissões sobre os resultados das fiscalizações, inspeções e auditorias que realizou (art. 71, VII).

De outra banda temos as competências constitucionais em que o Tribunal de Contas da União pode exercer, em regra, sem interação institucional com o Poder Legislativo, como: julgamento das contas dos administradores da Administração Pública em geral, exceto as pertencentes ao chefe do Poder Executivo (art. 71, inciso II), apreciar para fins de registro sobre o âmbito da legalidade os atos de admissão de pessoal, bem como as concessões de aposentadoria (art. 71, inciso III), fiscalizar, *ex officio*, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais órgãos da Administração Pública (art. 71, inciso IV), fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais (art. 71, inciso V), fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União (art. 71 inciso VI), aplicar sanções (art. 71, inciso VIII), assinar prazo que a Administração Pública adote providências quanto verificada ilegalidade (art. 71, IX), e representar ao Poder competente as irregularidades encontradas (art. 71, XI)

Por derradeiro, em razão do recorte temático deste trabalho, a questão da sustação de execução de atos (art. 71, X) e de contratos (art. 71, parágrafos 1º e 2º), pela sua importância, será abordada no subcapítulo 3.3 desta pesquisa.

3.2.1.3 Composição de seus membros

O constituinte determinou na Carta Constitucional de 1988, especificamente no artigo 73, que o Tribunal de Contas da União deve ser composto por nove Ministros, que necessariamente cumpram os seguintes requisitos cumulativos: ser brasileiro (art. 73, *caput*), ter mais de trinta e cinco anos de idade e menos de setenta anos (art. 73, inciso I), possuir idoneidade moral e reputação ilibada (art. 73, inciso II), ter notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública (art. 73, III) e, por fim, possuir mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos indicados no inciso III (art. 73, VI).

Interessante notar que o mandamento constitucional quanto à formação técnica de seus ministros não concedeu primazia somente as ligadas às ciências jurídicas, mas estendeu também aos dotados de outros saberes, como os das ciências contábeis, econômicas, financeiras e da administração pública, proporcionando, em tese, uma corte de formação técnica plúrima¹⁰⁷.

Quanto ao critério de escolha dos ministros que devem, repise-se, cumprir os requisitos arrolados acima, verifica-se que o constituinte outorgou competência ao Presidente da República para escolha de um terço de seus membros, mediante aprovação do Senado Federal (art. 73, parágrafo 2º, inciso I), restando ao Congresso Nacional indicar e aprovar os dois terços das vagas restantes (art. 73, parágrafo 2º, inciso II).

Foi conferido também aos Ministros do TCU as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, bem como a identificação de hipóteses de impedimento, os quais estão arrolados de forma expressa nos artigos 73 e 74 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Diga-se, em tese, porque analisando a atual composição do Tribunal de Contas da União, dos nove ministros temos seis ligados à formação jurídica (Bruno Dantas, Vital do Rêgo Filho, Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Jorge Oliveira, Antônio Anastasia) e três pertinentes à Administração Pública (João Augusto Ribeiro Nardes, Aroldo Cedraz e Jhonatan de Jesus). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/ministros/>. Acesso em: 21 abr. 2023.

¹⁰⁸ Art. 73. Os ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos. Parágrafo único. Os ministros do Tribunal gozarão das seguintes garantias e prerrogativas: I - vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade; III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o disposto nos arts. 37, XI, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I, da Constituição Federal; IV - aposentadoria, com

Quanto às garantias e prerrogativas, verificam-se a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a aposentadoria com vencimentos integrais.

Concernente aos impedimentos em geral, referem-se à vedação de exercer outros cargos ou função pública, salvo de magistério, bem como de atividades de natureza privada, como emprego, comércio, participação de sociedade, inclusive a dedicação político partidária.

Neste ponto, alguns pesquisadores da área, como Márcio Ferreira Kelles¹⁰⁹ e Flávio Garcia Cabral¹¹⁰ criticam a forma atual de investidura, haja vista que os entes fiscalizados ou controlados, escolhem literalmente seus controladores, o que poderia macular não só autonomia para o exercício de suas atribuições constitucionais, como também a utilização política indevida deste sistema de investidura, haja vista que a escolha de dois terços dos ministros estão ao alvedrio do Congresso Nacional, sem passar pela chancela de nenhum outro Poder.

Importante consignar a existência de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 147/07¹¹¹ e 28/07¹¹² ambas em trâmite na Câmara dos Deputados com

proventos integrais, compulsoriamente aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço, contados na forma da lei, observada a ressalva prevista no caput, in fine, deste artigo. Art. 74. É vedado ao ministro do Tribunal de Contas da União: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - exercer cargo técnico ou de direção de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, sem remuneração; III - exercer comissão remunerada ou não, inclusive em órgãos de controle da administração direta ou indireta, ou em concessionárias de serviço público; IV - exercer profissão liberal, emprego particular, comércio, ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista ou cotista sem ingerência; V - celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, sociedade instituída e mantida pelo poder público ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer às normas uniformes para todo e qualquer contratante; VI - dedicar-se à atividade político-partidária. (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁰⁹ Para o autor é “[...] é lógico-dedutivo que, se laços de afinidade ou intimidade existirem, tornará viciado todo o processo de escolha, a toda evidência”. (KELLES, Márcio Ferreira. Controle da administração pública democrática: Tribunal de Contas no controle da lrf. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 233).

¹¹⁰ Em razão ao modo de investidura, explica Flávio Garcia Cabral que “a forma como se tem feito a escolha dos seus membros (da mesma maneira como ocorre nos Tribunais de Contas subnacionais) torna duvidosa a sua imparcialidade. Os Tribunais de Contas, em razão de suas atribuições e competências constitucionalmente previstas, ocupam papel de destaque, devendo atuar de forma autônoma, independente, imune a pressões e ingerências de qualquer dos três Poderes”. (CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? Revista de Investigações Constitucionais, v. 7, n. 1, p. 237-284, jan. 2020, p. 254).

¹¹¹ PEC nº 147/07 que “acrescenta o art.73-A à Constituição Federal, criando o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, órgão externo de controle das Cortes de Contas”.

¹¹² PEC nº 28/07 que “dá nova redação ao art. 75 da Constituição Federal e cria o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas”.

ânimo de criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, bem como como a PEC nº 329/2013¹¹³, que visa alterar a forma da composição dos quadros do TCU, privilegiando os cargos técnicos e de carreira.

No mais, Odete Medauar apresenta críticas quanto a forma de investidura dos Ministros do TCU, apontando a necessidade de realização de concurso público. Neste sentido assevera que:

Melhor seria que a indicação da maioria dos integrantes ocorresse mediante concurso público de títulos e provas, dentre portadores de diploma de curso superior, nas áreas de direito, administração, economia ou ciências contábeis, concurso este realizado por integrantes de tribunais do Poder Judiciário, cabendo ao poder Legislativo a indicação de restrito número de integrantes¹¹⁴.

Por derradeiro, entende-se que que pela importância das atribuições e competências do Tribunal de Contas da União, bem como das demais Cortes de Contas de toda a Federação, o que melhor atende o espírito constitucional quanto à autonomia, de fato é a investidura por intermédio de concurso público, como apontado por Odete Medauar.

3.2.1.4 *Jurisdição e função jurisdicional*

No Brasil voga o sistema de jurisdição única, sendo o seu titular o Poder Judiciário, cuja base constitucional encontra-se prevista no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, uma vez que dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não se observa, portanto, no ordenamento pátrio a existência do sistema do contencioso administrativo, conhecido pela doutrina, como sistema francês.

Logo, em *ultima ratio*, somente o Poder Judiciário teria o monopólio de dizer o direito em caráter de definitivo, estando, em regra, todos os demais Poderes sujeitos à algum tipo de controle jurisdicional, principalmente, sobre o prisma da legalidade e do devido processo legal. No entanto, esta questão não parece ser tão pacífica na

¹¹³ PEC nº 329/2013 que “altera a forma de composição dos Tribunais de Contas; submete os membros do Ministério Público de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ e dá outras providências”.

¹¹⁴ MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

literatura especializada e teria, pelo menos no campo hipotético-teórico, desdobramentos diferentes em se reconhecer que as decisões exaradas pelo Tribunal de Contas da União não pudessem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, como pedra angular da questão ora enfrentada, verifica-se que o artigo 73 da Carta Magna¹¹⁵ preceitua que o Tribunal de Contas da União tem *jurisdição* em todo território nacional.

Da mesma forma, ao compulsar o artigo 4º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União¹¹⁶ extrai-se que o referido Tribunal tem jurisdição própria e privativa, em todo território nacional sobre pessoas e matérias sujeitas à sua competência¹¹⁷.

Para acalorar ainda mais a discussão, a título de exemplo, o parágrafo 2º do artigo 92 da Carta Magna de 1988, ao versar sobre os órgãos do Poder Judiciário, preceitua que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm *jurisdição* em todo o território nacional.

¹¹⁵ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹¹⁶ Art. 4º. O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹¹⁷ O artigo 5º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 traz rol extenso sobre os sujeitos que estariam sob a égide de sua jurisdição, ou seja, em regra as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas que de alguma forma possuam relação como erário. Para fins didáticos, *in verbis*: Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária; II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte danos ao Erário; III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal; IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo. V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei; VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal; IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades (Ibidem).

Neste cenário, teria o constituinte atribuído a mesma acepção de jurisdição nos artigos 73 e 92, ambos constantes na Constituição Federal? Hely Lopes Meirelles *et al.* na tentativa de solucionar a questão, faz a seguinte advertência:

Não se confunda jurisdicional com judicial. Jurisdição é a atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário quando lesivas de direito individual [...] ¹¹⁸.

Por esta linha conceitual, todos os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) exercem, mesmo que em graus diferentes, o exercício de “dizer” o direito, quando, dentro do seu espectro de competências legais, fazem à subsunção do fato a norma. Porém, somente o Poder Judiciário teria o monopólio do que o referido autor chama de “jurisdição judicial”, a qual encerra a noção de dizer o direito (jurisdição) com definitividade.

Na mesma linha de não reconhecer o exercício jurisdicional, assevera José Afonso da Silva ¹¹⁹ que “não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas nem dirimi conflitos de interesse, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas”.

Ainda sobre a questão de vigorar no Brasil a jurisdição única, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública [...] ¹²⁰.

Pelas lições até agora apresentadas sobre a inexistência de jurisdição judicial no exercício das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União, pode-

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 884.

¹¹⁹ SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 769.

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 896.

se reconhecer, por estas linhas, que as decisões administrativas exaradas pela Corte de Contas possam ser revistas pelo Poder Judiciário, haja vista, que somente este último teria o condão de fazer coisa julgada.

No entanto, como já adiantando, estas vozes especializadas não são uníssonas. Defende Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹²¹ que a imposição contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição é aplicável ao legislador infraconstitucional no sentido que não poderia admitir no sistema lei que vedasse ou cerceasse direta ou indiretamente o acesso ao Poder Judiciário, mas assevera que o referido comando não limita a exclusão realizada pela própria Constituição no sentido atribuir também ao Tribunal de Contas jurisdição.

Logo, para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, teria o constituinte atribuído ao Tribunal de Contas da União o exercício da jurisdição, inclusive com força de coisa julgada, razão pela qual assevera que:

O exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Os termos *juízo*, *jurisdição* e *judicatura*, utilizados na Constituição brasileira em relação aos Tribunais de Contas, não podem ter outros significados que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só efetivo se produzir coisa julgada¹²².

Neste ponto, de revelo apontar que o autor acima referido, afirma, em outras palavras, que caso o Tribunal de Contas não exercesse função julgadora com força de coisa julgada, ou seja, em caráter definitivo, este controle não seria efetivo. Nesta esteira, também comunga Evandro Martins Guerra, ao afirmar que:

[...] quando, em colegiado, as cortes efetuam o julgamento das contas dos demais administradores públicos, está executando tarefa que lhe é peculiar, a função jurisdicional prevista na Carta Magna (artigo 71, II), sendo sua decisão impossível de revisão pelo poder judiciário, salvo se houver vício de forma, posto que, antes da decisão de mérito, deve ser observado o devido processo legal¹²³.

Acerca destas divergências entre a existência de função jurisdicional ou não pelo Tribunal de Contas da União, conclui Flávio Garcia Cabral que:

¹²¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

¹²² Ibidem, p. 226.

¹²³ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 23.

Defender se é possível o exercício da função jurisdicional pelo TCU trata-se, portanto, não de um axioma jurídico, que possa ser tomado como falso ou verdadeiro, mas sim da ação discricionária de uma linha teórica adotada para compreensão das funções estatais¹²⁴.

Por arremate, colaciona-se ainda o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal¹²⁵, extraído dos Mandados de Segurança nº 35.824¹²⁶ e nº 35.410¹²⁷, ao apreciarem a possibilidade, ou não, do TCU declarar a inconstitucionalidade de lei, tendo sido sedimentada a sua impossibilidade, por considerar que o Tribunal de Contas União é órgão sem qualquer função jurisdicional.

No mais, a posição do STF quanto à inexistência de função jurisdicional parece ser a que mais se adequa a configuração do TCU à luz da Constituição Federal de 1988.

3.2.1.5 Posição institucional perante aos Poderes do Estado

O Tribunal de Contas da União, como visto anteriormente, encontra-se disciplinado na Constituição Federal 1988, na seção IX, denominada como da “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentaria”, a qual estruturalmente pertence ao Capítulo I que versa sobre o Poder Legislativo.

¹²⁴ CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2014, p.145.

¹²⁵ Importante consignar que houve alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao deixar de aplicar o entendimento contido na Súmula 347 de 13/12/1963 que preceituava que “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

¹²⁶ A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais (...). Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. [...]. É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. [MS 35.824, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 13-4-2021, DJE 116 de 17-6-2021.].

¹²⁷ [...] O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. [...] Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. [MS 35.410, rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 13-4-2021, DJE 86 de 6-5-2021.]

Em uma primeira leitura do artigo 71 da CF, em razão do constituinte mencionar que o controle externo a cargo do Congresso Nacional será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União, poderia induzir o leitor ao erro, pela posição sistêmica, de que o TCU seria órgão integrante, de caráter coadjuvante e subalterno ao Poder Legislativo, conclusão esta totalmente equivocada¹²⁸.

Inicialmente porque os estudos apresentados sobre a competência do TCU, demonstram que de fato a Corte de Contas desempenha um papel auxiliador ao Congresso Nacional, por exemplo, ao elaborar o parecer prévio anualmente referentes às contas do Presidente da República (art. 71, I); quando a pedido do Congresso e/ou de suas casas - Câmara dos Deputados e Senado Federal – ou ainda de suas respectivas comissões realiza inspeções, auditorias e demais atos de fiscalização junto à Administração Pública (art. 71, III); ou ainda quando presta informações sobre o resultado das auditorias que realizou no exercício da fiscalização (art. 71, VII).

De outra banda, quando se analisa, por exemplo, a competência de julgar as contas dos administradores públicos, excetuando, evidentemente, as do chefe do executivo (art. 71, inciso II), ou aplica sanções (art. 71, VIII) ou assina prazo para adoção de providências (art. 71, IX) ou susta atos (art. 71, X) estamos diante de incumbências autônomas, que não dependem do aval, em regra, de nenhum dos Poderes.

Daí surge uma questão: qual seria a posição institucional do Tribunal de Contas perante aos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário)?

Pela lógica sistêmica até então apresentada, não poderia estar contido no Poder Executivo, haja vista seu caráter de heterocontrole, com competências e atribuições dotadas de autonomia. Também não está contido no Poder Legislativo, em que pese sua disciplina esteja organizada dentro do capítulo do Parlamento, haja vista que a simples leitura do artigo do artigo 44 da Constituição Federal¹²⁹ constata-se que o Tribunal de Contas não está inserido na estrutura parlamentar brasileira¹³⁰.

Da mesma forma, uma vez que não exerce, em regra, função jurisdicional, com respeito aos embargos das posições discordantes, já apresentadas no item anterior,

¹²⁸ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

¹²⁹ Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

¹³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

e por não estar arrolado no rol dos órgãos do Poder Judiciário constante no artigo 92 da Constituição Federal¹³¹, não pode ser considerado parte integrante deste Poder.

Diante destas considerações, majoritariamente, tem se posicionado no sentido do Tribunal de Contas da União possuir uma posição *sui generis* perante aos Poderes Estatais. Neste sentido, explica Hely Lopes Meirelles *et al.* que:

O Tribunal de Contas da União tem uma posição singular na Administração brasileira, pois está instituído constitucionalmente como órgão auxiliar do Poder Legislativo (art. 71), mas desempenha atribuições jurisdicionais administrativas, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com aplicação de dinheiros públicos, com a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões¹³².

Na mesma esteira, reconhecem Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara autonomia do Tribunal de Contas, tido pelos autores como órgão dotado de prerrogativas e competências próprias:

É indiscutível a importância do Tribunal de Contas no controle dos gastos públicos e, neste contexto, no equilíbrio de forças entre os Poderes integrantes do Estado brasileiro. Órgão dotado de prerrogativas especiais, ele atua como auxiliar do legislativo na função do controle externo da administração (art. 71 da Constituição Federal). Mas não é por ser “auxiliar” do Legislativo que ele não desempenhe, de modo autônomo, competências próprias¹³³.

Na esteira do reconhecimento de sua autonomia e especialização, inclusive sobre a intenção do constituinte em dividir, dentro dos limites constitucionais, exercício do controle externo, assevera Evandro Martins Guerra que:

[...] Com efeito, a corte de contas, órgão autônomo, especializado e detentor de grande parte das competências do controle externo, de forma exclusiva, é titular do controle relativo às suas competências próprias. Mas o legislador constituinte repartiu o controle em dois órgãos: o Congresso Nacional e o tribunal de contas, tratando-os no mesmo capítulo, gerando controvérsias e

¹³¹ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios [...] (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 884.

¹³³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. Rda - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, ago. 2011, p.112.

profundos debates acerca da natureza jurídica destas cortes e o seu enquadramento no bojo estatal. De certo, não há qualquer vinculação de subordinação entre o tribunal de contas e poder legislativo¹³⁴.

Há na doutrina, ainda, o posicionamento de Marçal Justen Filho que afirma pela autonomia funcional, ausência de subordinação aos demais Poderes do Tribunal de Contas ensejam o “reconhecimento de sua qualidade de Poder, na acepção em que a expressão é utilizada a propósito do Executivo, Legislativo e Judiciário”¹³⁵, bem como que sua não identificação como Poder específico “derivou apenas da tradição, voltada a manter fidelidade a um esquema setecentista de tripartição de Poderes do Estado”¹³⁶.

Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190-MC¹³⁷ reconheceu a não subordinação do Tribunal do Contas nem a vinculação hierárquica com o Poder Legislativo.

3.2.1.6 O controle sobre a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União

Partindo-se da premissa constitucional entabulada no artigo 70 da Constituição Federal, já enfrentada nos itens de anteriores, quanto à fiscalização de amplo espectro sobre os dinheiros e patrimônios públicos, surge uma questão curiosa: qual Poder ou órgão possui a incumbência de exercer o controle das contas do próprio Tribunal de Contas da União no que tange à fiscalização do uso de seus recursos públicos no exercício de suas atividades?

Evidentemente, deve-se reforçar que a titularidade do controle externo é do Congresso Nacional, que neste caso específico deverá analisar e julgar as contas do TCU, por força do disposto no artigo 71, parágrafo 4º da Carta Magna que prevê “o

¹³⁴ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 28.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p.755.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Os tribunais de contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos tribunais de contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. [ADI 4.190 MC-REF, rel. min. Celso de Mello, j. 10-3-2010, P, DJE de 11-6-2010.].

Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades”.

Este dever-poder de controle também é disciplinado na Lei Orgânica do TCU¹³⁸, que determina no artigo 90 que a fiscalização de seus gastos e recursos sobre os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais será exercida pelo Congresso Nacional, na forma que seu comum regimento dispor.

A mesma norma apontada, também determina que o TCU encaminhe os respectivos relatórios¹³⁹ de suas atividades ao Congresso Nacional, com a periodicidade trimestral e anual (art. 90, parágrafo 1º), sendo que neste último deverá ser apresentado a análise de evolução de custos de controle de sua eficiência, além da eficácia e economicidade.

Por fim, não obstante o Tribunal de Contas da União também possui seu respectivo controle interno, nos moldes delineados na Constituição, como também realiza auditorias autônomas¹⁴⁰ para controlar sua gestão e aplicação dos recursos públicos.

¹³⁸ Art. 90. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União será exercida pelo Congresso Nacional, na forma definida no seu regimento comum. § 1º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades. § 2º No relatório anual, o Tribunal apresentará análise da evolução dos custos de controle e de sua eficiência, eficácia e economicidade (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹³⁹ O relatório anual de gestão do Tribunal de Contas encontra-se disponível em seu sítio eletrônico desde o ano de 2005, os quais nas palavras do próprio TCU, em relação ao exercício base de 2022, estão registrados “[...] os principais resultados do Tribunal no ano de 2022, tanto no controle externo da gestão pública quanto no âmbito administrativo, sendo evidenciados o desempenho da Casa no seu processo de geração de valor público. Também estão demonstrados os produtos e resultados derivados do exercício das atividades de controle externo e iniciativas estruturantes adotadas, que representam respostas efetivas e úteis para atender às demandas da sociedade no que diz respeito à fiscalização da boa e regular gestão dos recursos públicos”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão do TCU 2022. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/apex_util.get_blob?s=109103766503729&a=706946&c=7612135420735652885&p=1&k1=7695&k2=&ck=LXZD8uqXTLOS4OePvzXH7zWpZJE&rt=CR. Acesso em: 28 mar. 2023, p. 7).

¹⁴⁰ Anualmente o TCU expede o certificado de auditoria que tem como unidade prestadora de contas o próprio Tribunal, o qual versa sobre “as demonstrações contábeis do TCU (...) compreendendo os balanços orçamentário, financeiro e patrimonial, as demonstrações das variações patrimoniais, dos fluxos de caixa e das mutações do patrimônio líquido, bem como as correspondentes notas explicativas, incluindo o resumo das principais políticas contábeis” que concluiu para o exercício de 2022 que “as demonstrações contábeis analisadas estão apresentadas adequadamente, em todos os aspectos relevantes, de acordo com a estrutura de relatório financeiro aplicável e as práticas contábeis adotadas no Brasil aplicadas ao setor público”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Certificado de Auditoria de 2022. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/apex_util.get_blob?s=109103766503729&a=706946&c=7612135420735652885&p=1&k1=7734&k2=&ck=0z9n-7XDnJK66drP7kQ9DUnWMM8&rt=CR. Acesso em: 28 mai. 2023, p. 1).

3.3 Normas constitucionais aplicáveis sobre o controle externo do Tribunal de Contas da União em matéria de licitações e contratos

Pela análise dos dispositivos constitucionais, até agora estudados, verifica-se que o Tribunal de Contas da União, principalmente, à luz do que dispõe o artigo 71, incisos IX, X, §§ 1º e 2º, possuem não só a competência para assinalar prazo para que a Administração Pública adote as providências necessárias para o cumprimento da lei em caso de ilegalidade, como também a possibilidade, caso não atendido, de sustar atos e ressalvadas as posições divergentes, como abaixo será exposto, sustar contratos. Logo, verifica-se, desde já, que é possível a realização do controle de licitações pelo TCU, mesmo que não houvessem disposições neste sentido na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021.

Inicialmente, para fins de compreensão da sustação de atos e contratos, objeto de abordagem neste subcapítulo, mister se faz esclarecer que “sustar” não possui a mesma natureza jurídica da “anular”, tratando-se, na verdade, de institutos jurídicos distintos. Neste caminho, explicam Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara que:

Sustar ato não é sinônimo de anular ato. Sustar é paralisar a execução, total ou parcialmente. Anular seria bem mais que isto: seria desfazer os efeitos produzidos, quando viável e necessário, seria fazer recomposições patrimoniais acaso cabíveis e seria eliminar em definitivo o ato como centro produtor futuro de efeitos¹⁴¹.

Na mesma esteira Luiz Henrique Lima¹⁴² clarifica que a expressão sustar significa “impedir de continuar, fazer parar, interromper, sobrestar, suspender. Portanto, não se confunde com anular, revogar ou invalidar, que são conceitos jurídicos distintos”.

Por arremate, ainda no campo de compreensão conceitual, assevera Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁴³ que sustar um contrato significa “retirar-lhe a eficácia, a

¹⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013. 178-220, p.197.

¹⁴² LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992705/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 33.

¹⁴³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 483.

produção de feitos financeiros e executivos, como por exemplo, o pagamento e a realização do objeto respectivamente”.

Diante dos conceitos apresentados, de fato, resta inequívoco que o ato de sustação exercido pelo Tribunal de Contas da União não se confunde com o instituto da anulação. Isto porque, conforme já visto em linhas anteriores, o Tribunal de Contas da União não possui jurisdição judicial¹⁴⁴, ou seja, a anulação de um ato ilegal, pelo sistema normativo brasileiro, só poderia ser realizado, pela própria Administração Pública, *ex officio* ou mediante provocação, no exercício da gestão de autotutela de seus atos, ou em, *ultima ratio*, pelo Poder Judiciário que poderia, respeitado o devido processo legal, decretar a anulação ou invalidade do ato administrativo em caráter definitivo.

Desta feita, com ânimo de concatenar o conceito de sustação, ante o silêncio normativo, pode-se, em síntese, entender o instituto como a paralisação ou suspensão parcial, de natureza cautelar, do ato ou do contrato administrativo em execução.

Feitas estas considerações iniciais, verifica-se que o Tribunal de Contas da União, no exercício de sua atividade de controle externo, possui a competência constitucional de sustar a execução de ato impugnado (art. 71, X, CF) quando, inicialmente, conferido prazo para sanar eventuais ilegalidades, a Administração Pública decida manter-se inerte ou recuse a promover as adequações necessárias (art. 71, IX, CF), *in verbis*:

Art. 71 [...]

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;

Importante consignar que o constituinte originário, autorizou o Tribunal de Contas da União a realizar a sustação do ato ilegal diretamente.

Diante deste cenário, valendo-se de sua competência, o Tribunal de Contas da União pode, cautelarmente, sustar a execução do ato padecido de ilegalidade, devendo comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Contudo, na matéria de contratos, verifica-se que diferentemente da previsão anterior, o legislador constitucional delegou ao Congresso Nacional incumbência de sustá-lo

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

diretamente, bem como o ônus do Parlamento de solicitar ao Poder Executivo a imediata adoção das providências cabíveis, conforme se extrai do artigo 71, parágrafo 1º da CF, *in verbis*, “no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.

Neste cenário, no caso do silêncio do Congresso Nacional quanto ao pedido de sustação do contrato pelo Tribunal de Contas da União ou a não adoção do Poder Executivo das medidas solicitadas diretamente pelo TCU, dentro do prazo 90 (noventa) dias, o Tribunal de Contas da União decidirá a respeito¹⁴⁵, conforme determina o artigo 71, parágrafo 2º da CF “se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito”.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas (Lei nº 8.443/1992) em seu artigo 45¹⁴⁶, disciplinou a ritualística processual para a sustação de atos e de contratos quando eivados de ilegalidade, deflagrando-se, em ambos os casos, sempre pelo desatendimento das providências solicitadas pelo Tribunal de Contas da União.

Por seu turno, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução-TCU nº 246/2011), de forma pormenorizada, em seu artigo 251¹⁴⁷ trouxe o detalhamento regimental do processamento da sustação.

¹⁴⁵ A expressão “Tribunal decidirá a respeito” utilizada no artigo 71, parágrafo 2º da Constituição Federal, conforme será demonstrado mais adiante, é a pedra de toque da acalorada discussão hermenêutica quanto o alcance e qual seria a correta postura do TCU no silêncio tanto do Congresso quanto do Poder Executivo.

¹⁴⁶ Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. § 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁴⁷ Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1º e 2º do artigo anterior. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I – sustará a execução do ato impugnado; II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III – aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso VII do art. 268. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência

Em síntese, sobre o instituto da sustação, com base nas normas suso referidas (Constituição Federal, LOTCU e RITCU), extrai-se a seguinte ritualística, em que, em tese e já prenunciando a grande celeuma jurídica existente sobre a temática, o TCU estaria autorizado a realizar a sustação de ato e de contrato:

a) *sustação de ato em execução*: 1) a existência de ato administrativo eivado de vício de ilegalidade; 2) a concessão de prazo pelo Tribunal de Contas da União de até 15 (quinze) dias para que a Administração Pública corrija e sane as irregularidades que recaiam sobre ato, ou não sendo possível a retificação, o anule a depender da situação fática; 3) o transcurso *in albis* ou a recusa da Administração Pública quanto a adoção ou atendimento dos atos corretivos determinados pelo Tribunal de Contas da União; 4) decisão e determinação de sustação da execução do ato impugnado; 5) comunicação da decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; e 6) aplicação ao responsável de multa prevista no artigo 268, inciso VII do RITCU¹⁴⁸.

b) *sustação de contrato em execução*: 1) a existência de contrato administrativo eivado de vício de ilegalidade; 2) a concessão de prazo pelo Tribunal de Contas da União de até 15 (quinze) dias para que a Administração Pública corrija e sane as irregularidades que recaiam sobre contrato, ou não sendo possível a retificação, o anule ou o rescinda a depender da situação fática; 3) o transcurso *in albis* ou a recusa da Administração Pública quanto a adoção ou atendimento dos atos corretivos determinados pelo Tribunal de Contas da União; 4) aplicação ao responsável de multa prevista no artigo 268, inciso VII do RITCU; 5) comunicação do fato ao Congresso Nacional para que adote o ato de sustação e solicite de imediato ao Poder Executivo, as medidas cabíveis; 6) o transcurso do prazo de 90 (noventa) dias *in albis* para o Congresso Nacional e o Poder Executivo adotarem as medidas pertinentes; 7) análise do TCU a respeito da sustação; 8) caso decida de fato sustar o contrato, determinará

prevista no inciso III do parágrafo anterior e comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. § 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato. § 4º Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal: I – determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; II – comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁴⁸ Art. 268 [...] VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput.

o prazo de 15 (quinze) dias para que o responsável adote as medidas necessárias para cumprimento da decisão e comunicará ao Congresso Nacional e autoridade de nível ministerial competente.

Uma vez abordada a concatenação procedimental, mister se faz consignar que não há grandes discussões jurídicas acerca da possibilidade de o TCU sustar atos administrativos em execução.

De outra banda, no entanto, quando se versa sobre a existência da competência do TCU para sustar ou não contratos, encontra-se na literatura especializada grandes debates hermenêuticos. Isto porque a expressão “o Tribunal decidirá a respeito” contida na parte final do artigo 71, parágrafo 2º da Constituição Federal trouxe acaloradas indagações jurídicas sobre qual seria a postura normativa correta do Tribunal de Contas da União, na ocorrência do transcurso *in albis* do prazo de 90 (noventa) dias do TCU e o Poder Executivo: o silêncio do Congresso Nacional e da Administração Pública autorizaria o TCU decidir sobre a sustação do contrato ou esta prerrogativa só é de fato privativa do Congresso Nacional? E se não pudesse sustar o contrato, qual medida jurídica o TCU poderia adotar?

Acerca destas indagações, defende Celso Antônio Bandeira de Mello que na ausência de manifestação do Congresso Nacional no prazo assinalado de 90 (noventa) dias, o TCU poderia, administrativamente, decidir a respeito, explicando que:

[...] se o Congresso Nacional não sustar o contrato e nem se manifestar, nesse caso, o Tribunal decidirá a respeito. Vale dizer, decorrendo o prazo de 90 dias e o Congresso Nacional nada fazendo, nesse caso, vencidos os 90 dias, “o Tribunal decidirá a respeito” e esse “decidirá” será: sustar o contrato por imprestável, digamos juridicamente insanáveis os seus vícios, ou determinará as providências cabíveis. Caberia indagar: e o Congresso? E o Legislativo? Poderá voltar, reincidir sobre a matéria vencidos os 90 dias para determinar a prossecução do contrato? Inclino-me a crer que, decorridos os 90 dias, vencido o prazo “sem manifestação do Legislativo”, estou a pressupor, sem manifestação do Legislativo, porque ele poderia manifestar-se, execute o contrato, nenhum problema, avalize o contrato, mas se ele não se manifesta, estou em crer que a decisão do Tribunal, administrativamente, é definitiva. Eu digo administrativamente porque não sou dos que partilham da tese de que o Tribunal tem função jurisdicional. Não creio que tenha, tem função contenciosa; ele diz o direito; mas definitivamente, no nosso sistema, parece-me ser exclusiva do Poder Judiciário. Entretanto, penso que, em face do Poder Legislativo, se o Tribunal decidir depois dos 90 dias, estará decidido, e o Legislativo não pode tornar nesta matéria porque transcorreu o período de manifestação numa atividade eminentemente controladora e que,

embora seja ele o titular do controle, foi designado um Órgão Técnico para cumprir a sua predita função¹⁴⁹.

De relevo também consignar que, das lições supracitadas, extrai-se que a celeuma justamente ocorre quando há o silêncio do Congresso Nacional e a não adoção das medidas pelo Poder Executivo, uma vez que, caso o Parlamento se manifeste expressamente pela sustação ou não do contrato, sua decisão teria prevalência sobre a do TCU em razão daquele ser titular do controle externo.

Outrossim, uma vez configurado o silêncio legislativo e após o TCU decidir pela sustação do contrato, haveria uma espécie de preclusão administrativa do Congresso para se manifestar sobre a matéria. Neste sentido, Evandro Martins Guerra afirma que:

Como exposto, havendo ato ilegal impugnado, a sustação da sua execução é competência exclusiva do tribunal de contas; ao passo que, no caso de contrato ilegal impugnado, a sustação é atribuição do Congresso Nacional, salvo se as medidas não forem efetivadas em noventa dias, hipótese em que a competência se desloca para o feixe pertinente ao tribunal de contas, cabendo a este decidir a respeito¹⁵⁰.

Na mesma esteira, defende Carlos Roberto Siqueira Castro que se o Tribunal de Contas da União não pudesse intervir subsidiariamente para perpetrar a sustação do contrato, no caso da inércia do Congresso Nacional, o dispositivo constitucional estaria esvaziado, explicando que:

[...] Cabe indagar-se, aqui, todavia, sobre como se há de proceder, à luz do art. 71, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3), na hipótese de o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não atenderem à recomendação do Tribunal de Contas no prazo de noventa dias, considerando que, para essa eventualidade, determina a Lei Maior, em mandamento tão sucinto quanto categórico, que o Tribunal de Contas decidirá a respeito. (...) A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando-se por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimento da inércia dos Poderes em causa¹⁵¹.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Função controlada do Tribunal de Contas. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, São Paulo, v.7, n. 24, p.451-458, jan./mar. 2023, p. 457.

¹⁵⁰ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 75.

¹⁵¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação dos tribunais de contas em face da separação de poderes do Estado. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT, v. 31/2000, p. 57-73, 2000, p. 70.

Aliás, sobre a existência desta subsidiariedade, afirma João Pedro Accioly¹⁵² que “o legislador ordinário, ao aprovar a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, extirpou quaisquer dúvidas ao dispor que se o parlamento e o governo se quedarem inertes, ‘o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato’ (art. 45, §3.)”.

De outra banda, em sentido contrário, há na literatura a posição de que a titularidade da sustação do contrato é do Congresso Nacional e no caso do decurso do prazo constitucional, a expressão “o Tribunal decidirá a respeito” refere-se apenas à manifestação sobre a legalidade ou não do contrato, como também às demais atribuições de análise e apreciação de contas e aplicação de penalidades. Neste caminho, explica Barroso¹⁵³ que:

O § 2 do mesmo artigo prevê que, "se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito". Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o "auxílio do Tribunal de Contas". Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas. (...) Em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para invalidar atos administrativos negociais, contratuais ou não, nem tampouco tem competência para sustar contrato celebrado pela Administração. Esta competência é do Poder Legislativo, titular do controle externo, ou do Judiciário, se provocado adequadamente¹⁵⁴.

No mesmo sentido, de que a atuação do Tribunal de Contas no que tange aos contratos, ante a interpretação constitucional, se limitaria a declaração administrativa de nulidade e aplicação de eventual sanção, explicando José Afonso da Silva que:

Se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não tomar providências, ou seja, silenciar, aí sim é que cabe ao Tribunal decidir a respeito. Outra questão deixada ao intérprete refere-se ao conteúdo dessa decisão que, a nós, nos parece ser a da declaração da nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa com eficácia de título executivo (art. 71, § 3º). E cabe ao Tribunal providenciar a cobrança, determinando à

¹⁵² ACCIOLY, João Pedro. A competência subsidiária dos tribunais de contas para a sustação de contratos públicos antijurídicos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 975, p. 101-132, jan. 2017, p. 130.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Tribunais de Contas: algumas incompetências*. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 203, 1996, p. 139.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Advocacia-Geral da União o ajuizamento da execução, sob pena de responsabilidade¹⁵⁵.

Importante também trazer à baila que a Administração Pública possui, não só o direito, como o dever de defender, caso seja de fato o caso, a legalidade do contrato celebrado, seja no próprio processo administrativo junto ao Tribunal de Contas, seja por via própria, junto ao Poder Judiciário.

Em outras linhas, possuindo a Administração a convicção sobre juricidade do pacto que celebrou, não deve, de plano, acatar a decisão da Corte de Contas, a qual, inclusive, diga-se de passagem, não está imune a cometer eventuais equívocos. Neste contexto, a Administração deve explicitar as razões e nuances fáticas e administrativas que culminaram na contratação da forma como pactuada.

A bem da verdade, pelo menos a nível constitucional, não possuem prevalência a decisão da Administração Pública em manter e defender o pacto celebrado por considerá-lo legal e a decisão administrativa do Tribunal de Contas da União que o considere antijurídico, haja vista que a titularidade deste controle, em sede administrativa, pertence somente ao Parlamento. Neste caminho, elucida Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara que:

Neste contexto, o constituinte decidiu expressamente que, na esfera extrajudicial, apenas o Legislativo teria competência cautelar para sustar a execução de contratos. Havendo divergência, expressa ou tácita, entre o órgão técnico e a Administração, caberá ao Legislativo resolver, politicamente, se despesa contratual deve, ou não, ser interrompida. Fora disso, apenas o Judiciário, quando devidamente acionado, poderá decidir a respeito da matéria¹⁵⁶.

Diante das diversas posições da literatura especializada, em sede de análise sistêmica dos dispositivos constitucionais, aliados aos ditames da LOTCU e do RITCU, infere-se que, em *ultima ratio*, cumprida toda a ritualística acima citada e havendo silêncio da Administração Pública e do Congresso Nacional no prazo legal, deve de fato o Tribunal de Contas da União decidir se irá ou não adotar a sustação do contrato maculado.

¹⁵⁵ SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 769.

¹⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ary (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, 177-220, p. 201.

Por derradeiro, com ânimo de se demonstrar como de fato a sistemática do instituto em comento tem sido aplicada, foram realizadas buscas junto ao sítio eletrônico do Congresso Nacional¹⁵⁷ de atos normativos que determinassem ou não a sustação de contratos.

A busca restou positiva, logrando êxito em localizar apenas um único Decreto-Legislativo sob o nº 106, de 31 de agosto de 1995¹⁵⁸, que teve como objeto a sustação da execução do contrato firmado entre a FUFMS – Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e a AME – Assistência ao Menor Enfermo em razão de irregularidades apuradas nos autos do processo TC nº 020.096/1992-5¹⁵⁹ que tramitou junto ao Tribunal de Contas da União.

Por fim, no caso concreto, diante do não atendimento pela Universidade em questão das providências determinadas pelo TCU, foram remetidos os autos e a respectiva comunicação ao Congresso Nacional para sustação do contrato, o que culminou na expedição do decreto supra referido.

¹⁵⁷ Em busca nos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados (www.camara.leg.br), do Senador Federal (www.senado.leg.br) e do Congresso Nacional (www.congressonacional.leg.br) foram utilizados seguintes critérios, isolados e combinados, de pesquisas para localização de atos normativos do Congresso Nacional referentes a sustação de contratos: “susta” + “contrato”; “sustação”+ “contratos”; com critério temporal a partir de 5 de novembro de 1988 (promulgação da Constituição Federal vigente) a qual restou positiva somente para localização do Decreto Legislativo nº 106/1995.

¹⁵⁸ Decreto Legislativo nº 106/1995. O Congresso Nacional resolve: Art. 1º Com fundamento no § 2º do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992, é sustada a execução do contrato firmado entre a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - FUFMS - e a Assistência ao Menor Enfermo - AME, por encontrar-se eivado de irregularidade, contrariando os ditames das Leis nº 6.019, de 1974, e 7.102, de 1983, bem como do Decreto-lei nº 2.300, de 1986, nos termos da Decisão nº 554, de 1994, adotada pelo Tribunal de Contas da União na Sessão Ordinária do Plenário de 31 de agosto de 1994.

¹⁵⁹ “Denúncia contra UFMS. Pedido de dilação de prazo para cumprimento de Decisão que determinara a adoção de providências quanto a contratação de pessoal, através da AME. Prorrogação concedida anteriormente já vencida sem o atendimento. Conhecimento. Negado provimento. Comunicação ao Congresso Nacional para a sustação do contrato. [...] 2 - com fundamento no § 2º do art. 45 da Lei nº 8.443/92, comunicar ao Congresso Nacional, com vistas à adoção do ato de sustação e solicitação das providências cabíveis ao Poder Executivo, que, apesar da Decisão nº 090/93 do Plenário deste Tribunal determinando à Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul a regularização do contrato mantido com a AME - Assistência ao Menor Enfermo, por encontrar-se eivado de irregularidade, contrariando os ditames das Leis nº 6.019/74 e 7.102/83, bem como do Decreto-lei nº 2.300/86, até a presente data ainda não foram tomadas providências para o saneamento da impropriedade”;

4 O CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS LICITAÇÕES DISCIPLINADAS PELA LEGISLAÇÃO GERAL NACIONAL

4.1 Normas gerais de licitação e disposições sobre o controle externo do Tribunal de Contas

Quando se debruça sobre o arcabouço histórico-jurídico brasileiro, é possível constatar a existência de normas que versaram sobre a matéria de licitações, ainda que de forma não consolidada, como por exemplo, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967¹⁶⁰, que no bojo de suas disposições sobre a organização da Administração Federal, regulamentou em seu Título XII normas relativas às compras, obras, serviços e alienações.

Em que pese a referida legislação tenha versão sobre a matéria de licitações, a literatura especializada comumente indica o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986¹⁶¹ como o primeiro diploma consolidado propriamente dito sobre licitações e contratos no direito brasileiro.

Por derradeiro, no âmbito do recorte temático do presente trabalho¹⁶², selecionou-se, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993¹⁶³ e a Lei nº 14.133, de 1º de

¹⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm#view. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86impresao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

¹⁶² Ainda no espectro de delimitação temática, mister se faz consignar que a Lei nº 10.520/2002 (Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.), a Lei nº 12.232/2010 (Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências) e a Lei nº 12.462/2011 (Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), em que pese a reconhecida importância para matéria licitatória, não foram selecionadas para apresentação, haja vista não disporem de forma direta e/ou ostensiva sobre normas de controle externo à cargo dos Tribunais de Contas, remetendo-se, por determinação legal, a aplicação subsidiária, por exemplo, da Lei nº 8.666/1993, objeto também de estudo desta pesquisa.

¹⁶³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

abril de 2021¹⁶⁴, ambas, de caráter geral sobre licitações para análise do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.

4.1.1 O Decreto-Lei nº 2.300/1986

O Decreto-Lei nº 2.300, editado em 21 de novembro de 1986, sob a égide da Constituição Federal de 1967, versou sobre as licitações e contratos da Administração Federal, dedicando noventa artigos sobre esta temática, razão pela qual foi classificado por José Paulo Dorneles Japur¹⁶⁵ como “verdadeiro estatuto de licitações públicas e contratos administrativos federais”.

Não obstante, necessário se faz consignar que, por força do artigo 85¹⁶⁶ as normas gerais deste instrumento, também se aplicavam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, como também aos órgãos do Poder Legislativo, Judiciário e do próprio Tribunal de Contas por determinação expressa do artigo 83¹⁶⁷, os quais, deveriam observar, no que couber, o estatuto licitatório.

Quanto aos seus objetivos, dispôs o artigo 3º¹⁶⁸ que a licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e possui como elementos norteadores os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

De relevo, trazer à lume que, o referido diploma no artigo 4º¹⁶⁹ conferiu

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

¹⁶⁵ JAPUR, José Paulo Dorneles. Formalismo das Licitações Públicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016, p.39.

¹⁶⁶ Art. 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁶⁷ Art. 83. As obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas deste decreto-lei, no que couber (Ibidem).

¹⁶⁸ Art. 3º. A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (Ibidem).

¹⁶⁹ Art. 4º. Todos quantos participem de licitação instaurada e procedida por órgãos ou entes da Administração Federal têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento, nos termos deste decreto-lei (Ibidem).

expressamente aos participantes das licitações públicas o direito público subjetivo¹⁷⁰ de que a Administração Pública deva observar fielmente os ditames entabulados, não podendo, portanto, dispô-lo de forma diversa.

Na seara do controle da Administração Pública, verifica-se que o artigo 79¹⁷¹ expressamente determinou que o controle dos gastos públicos oriundo do diploma deveria ser feito, em sede de controle externo, pelo Tribunal de Contas da União, possuindo os órgãos da Administração, o ônus e a incumbência da demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução:

Art. 79 O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, 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 nesta previsto.

Neste tocante, uma vez que o Tribunal de Contas da União já possuía à luz da Constituição de 1967, por exemplo, a incumbência genérica de controle de legalidade e despesas, afirma André Rosilho¹⁷² que “chama-se a atenção apenas o fato de que o decreto-lei, voltado à disciplina das licitações e contratos, ter enfatizado a preocupação com o tema do controle nas contratações públicas”.

Em outras palavras, houve um cuidado patente de trazer ao nível infraconstitucional os ditames atinentes ao controle, reforçando principalmente na matéria de licitações e contratos, haja vista ser um dos pontos de vulnerabilidade da Administração Pública, utilizados por aqueles que possuem intenção de malversar o Erário.

¹⁷⁰ Sobre o caráter de indisponibilidade que o conceito de direito público subjetivo apresenta, Marçal Justen Filho explica que “ao consignar que a observância do pertinente procedimento constituiu um ‘direito público subjetivo’, a Lei suprimiu qualquer disponibilidade acerca da matéria. Por ser tratar de um ‘direito público subjetivo’, é faculdade que não se insere na órbita da disponibilidade privada. Não é faculdade ‘renunciável’.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 75).

¹⁷¹ Art. 79 O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, 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 nesta previsto (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁷² ROSILHO, Andre Janjacom. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 79.

Importante repisar também que esta incumbência de demonstração da legalidade das despesas, exigida pelo Tribunal de Contas da União, deveria ser realizada em sede de controle posterior¹⁷³, não dependendo mais de chancela ou aquiescência prévia do TCU como acontecia até a Constituição Federal 1946. Sem prejuízo, manteve-se também a atribuição do exercício fiscalizatório ao próprio sistema de controle interno da Administração Pública.

Aliás, neste tocante, expressamente normatizou, no âmbito das licitações e contratos, o dever-poder da autotutela, ou seja, o mister da Administração Pública de anular seus atos quando eivados de ilegalidade ou revogá-los por razões de interesse público, ao dispor em seu artigo 39 que “a Administração poderá revogar a licitação por interesse público, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou mediante provocação de terceiros”.

Ao encontro das explicações introdutórias desta pesquisa, a Exposição de Motivos nº 2, de 18 de novembro de 1986, referente ao decreto em comento, reforçou a inquestionável importância do controle da despesa pública que seria feito sem prejuízo do controle interno, pelo Tribunal de Contas da União:

O controle de legalidade da despesa pública constitui tema de inquestionável relevância. Mereceu, do projeto, adequado tratamento. Sem prejuízo do sistema de controle interno mantido pelo Poder Executivo no âmbito da administração federal, o anteprojeto dispõe que a verificação das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ele regidos será feita pelo Tribunal de Contas da União, na forma da legislação pertinente. Qualquer cidadão poderá representar àquela egrégia corte contra abusos e irregularidades cometidos na gestão financeira da administração federal¹⁷⁴.

¹⁷³ Versando sobre o momento em que o controle é exercido pelo Tribunal de Contas da União, sob a égide da Constituição de 1967 e à luz do Decreto-Lei nº 2.300/1986, Toshio Mukai afirma que “convém aqui lembrar que o controle de legalidade das despesas públicas, pela Constituição vigente, é baseado no sistema de controle a posteriori, e não prévio, como ocorria até a Constituição de 1946. Por essa razão, quando o caput do artigo fala em ‘... ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição...’, deve-se entender que aquela demonstração será sempre a posteriori, não sendo previsível qualquer remessa prévia de minutas relativas a licitações e contratos ao Tribunal”. (MUKAI, Toshio. O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos: comentários ao Decreto-lei n. 2.300, de 21-11-1986, com alterações dos Decretos-leis n. 2.348, de 24-7-1987, e 2.360, de 16-9-1987. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 107).

¹⁷⁴ BRASIL. Consultoria Geral da República. Exposição de Motivos nº 2, de 18 de novembro de 1986 (Decreto-Lei nº 2.300). Brasília, DF: Consultoria Geral da República, 1986, p. 173.

No mais, o referido instrumento permitiu no artigo 79, parágrafo 1^o¹⁷⁵ que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderia representar contra irregularidades na aplicação desses ditames ao Tribunal de Contas.

Neste ponto, é reforçado que o controle externo exercido pela Corte de Contas acerca da ilegalidade e ou irregularidades na aplicação dos preceitos licitatórios, além de ser exercido *ex officio*, também poderia ser provocado, através do instrumento de representação, de titularidade de qualquer interessado, o qual, inclusive, foi considerado por Toshio Mukai como ferramenta pioneira no controle de licitações e contratos¹⁷⁶. Por derradeiro, o Decreto-Lei foi revogado pela Lei nº 8.666, em 21 de junho de 1993, após quase sete anos de vigência, já sob a égide da Constituição Federal de 1988.

4.1.2 Sistema da Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666, promulgada em 21 de junho de 1993, ainda vigente¹⁷⁷, regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Inferre-se do comando que o constituinte originário se preocupou, em regra, que as obras, serviços, compras e alienações realizadas pela Administração Pública fossem contratadas mediante processo de licitação, o qual tem como escopo garantir

¹⁷⁵ Art. 79 [...] § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação deste decreto-lei, para fins do disposto neste artigo (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁷⁶ MUKAI, Toshio. O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos: comentários ao Decreto-lei n. 2.300, de 21-11-1986, com alterações dos Decretos-leis n. 2.348, de 24-7-1987, e 2.360, de 16-9-1987. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁷⁷ Conforme será melhor abordado no subcapítulo 4.1.3, foi editado em 1º de abril de 2021 a Lei nº 14.133/2021 conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos que expressamente revoga a Lei nº 8.666/1993, mantendo, no entanto, vigência simultânea de ambos diplomas até 30 de dezembro de 2023.

à igualdade de condições no certame, como também a impessoalidade, afastando exigências que não fossem necessárias para consecução do objeto.

Neste caminho, no campo da evolução temática sobre a matéria, se o Decreto-Lei nº 2.300/1986 foi tido, como exposto anteriormente, como primeiro diploma consolidado sobre licitações e contratos, foi na Constituição Federal de 1988 que a necessidade de realização de processo de licitação como instrumento para consecução das contratações é alçada a nível supralegal, ou seja, a licitação no Estado Brasileiro passou a ser norma de observância cogente na Federação. Neste ponto, assevera André Rosilho que

A Constituição Federal de 1988, apesar de não ser, por óbvio, diploma normativo voltado exclusivamente à disciplina das contratações públicas, impactou significativamente no tema [...]. Afinal, ela foi responsável pela constitucionalização das licitações e contratos, anteriormente abordados apenas pela legislação infraconstitucional¹⁷⁸.

Neste tocante, ainda no âmbito constitucional, verifica-se que é de competência privativa da União a edição de normas gerais¹⁷⁹ de licitação e contratos, abrangendo este mister, inclusive, a incumbência de disciplinar todas as modalidades licitatórias¹⁸⁰ para a Administração Pública em geral, conforme determina o artigo 22, inciso XXVII, CF/1988, *in verbis*:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

¹⁷⁸ ROSILHO, Andre Janjacomo. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83.

¹⁷⁹ Valendo-se do conceito de Hely Lopes Meirelles *et al.*, “Por normas gerais devem entender-se todas as disposições de determinada lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus membramentos autárquicos e paraestatais. [...] continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações [...] em que tudo que não contrariar as normas gerais, notadamente o procedimento da licitação, na formalização e execução de contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis”. (MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 309).

¹⁸⁰ Por força do artigo 22, parágrafo 8º da Lei nº 8.666/1993 preceitua que “é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

Sobre esta opção do constituinte, em especial sobre o viés de reforço do controle, explica André Rosilho que:

Na tentativa de assegurar maior controle do poder estatal e melhor trato com a coisa pública, a Constituição, dentre outras coisas, previu a licitação como pré-requisito ao estabelecimento de ajustes entre a Administração e terceiros que importassem aquisições ou alienações em geral, nitidamente inspirada pelo Decreto-lei nº 2.300/1986.

O fato é que esta inovação constituição deu nova força ao discurso de expansão de grau de abrangência do dever de licitar e forneceu novos parâmetros a serem observados pelo legislador no que tange ao tratamento a ser dado pela Administração aos interessados nas contratações. Alimentou-se, assim, o anseio pela criação de uma lei que efetivamente traduzisse para o texto o espírito da Constituição¹⁸¹.

Neste contexto foi editada a Lei Federal nº 8.666/1993 que, ao fazer o cotejo deste importante diploma com o revogado Decreto-Lei nº 2.300 de 1986, constata-se que houve uma ampliação de princípios que devem ser observados de forma cogente pela Administração Pública ao deflagrar suas contratações, cujo rol encontra-se entabulado em seu artigo 3º¹⁸², dos quais se destacam: a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para administração, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Em uma análise mais detida destes princípios, verifica-se que uma vez que aquisição de bens e produtos, alienações e a realização de obras passaram, em regra, a ser precedidos por processo formal de licitação, denota-se a preocupação tanto do constituinte, como do legislador infraconstitucional em garantir que estes procedimentos ocorressem de forma isonômica, impessoal, em igualdade de condições, direcionadas pelos elementos vinculantes do instrumento convocatório sob o manto da legalidade e publicidade, tudo com fito de garantir a segurança jurídica

¹⁸¹ ROSILHO, Andre Janjaco. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85.

¹⁸² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

não só a própria Administração Pública, como para os licitantes, visando assegurar, em *ultima ratio*, o princípio fundamental à boa administração pública¹⁸³.

Ora, se o ânimo do constituinte e do legislador foi criar um processo licitatório isonômico, impessoal, com igualdade de condições de disputa, bem como que fosse capaz de garantir que aqueles que fizessem o julgamento se vinculassem não só aos ditames da lei (legalidade), como ao instrumento convocatório (edital e a carta convite), a Lei nº 8.666/1993 preocupou-se, além de arrolar os princípios norteadores das licitações (arts. 1º a 5º), versar também sobre as definições aplicáveis (art. 6º), regramentos de obras e serviços (arts. 7º a 12), serviços técnicos especializados (art. 13), compras (arts. 14 a 16), alienações (arts. 17 a 19), modalidades, limites e dispensa de licitação (arts. 20 a 26), habilitação jurídica (arts. 27 a 33), registros cadastrais (arts. 34 a 37), procedimentos e julgamentos (arts. 38 a 53), contratos (arts. 54 a 80), sanções (arts. 81 a 99), processo e do procedimento judicial (arts. 100 a 108), recursos administrativos (art. 108) e disposições transitórias (arts. 110 a 126).

Evidentemente que todos os artigos possuem sua devida importância e, quando interpretados sistematicamente, traduzem a verdadeira *ratio legis* deste diploma licitatório.

No entanto, no campo do controle e do recorte temático deste trabalho, repese-se, controle das licitações públicas, uma vez que uma das primeiras incumbências do TCU previstas no artigo 70 da CF/88 sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União é justamente sobre o prisma da legalidade, conforme já visto no capítulo 3 desta pesquisa, o que é reforçado agora pelos princípios licitatórios apresentados, observa-se que a Corte de Contas faz análise detida sobre estes elementos, em especial, às exigências contidas no termo de referência e nas condições de habilitação, enquadramento das modalidades licitatórias e procedimentos de classificação e julgamento das propostas e do certame como um todo, razão pela qual, inclusive, o TCU editou diversas instruções normativas e súmulas sobre a temática, como será explicitado no subcapítulo 4.2.

¹⁸³ Em sua literatura, Juarez Freitas expõe que o referido princípio “trata-se de direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios encartados nesta síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos” (FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19).

Não se pode deixar de trazer à lume, que o presente diploma licitatório possibilita o controle de suas licitações, em sede de controle interno, através do importante instituto da impugnação administrativa prevista no artigo 41, da Lei nº 8.866/1993¹⁸⁴, que determina expressamente que a Administração Pública está totalmente adstrita às normas e condições do edital, ou seja, trata-se da concretização do princípio licitatório da vinculação ao instrumento convocatório.

Para tanto, o legislador dividiu a possibilidade de manejo de impugnação, repise-se, em sede administrativa de acordo com a natureza dos legitimados: o cidadão (artigo 41, §1º) e o licitante (artigo 41, §2º).

Quanto ao primeiro, o estatuto licitatório autoriza expressamente qualquer cidadão a impugnar o instrumento convocatório, caso haja ilegalidade na aplicação dos ditames licitatórios, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação, possuindo a Administração o dever de respondê-la em até 3 (três) dias úteis. Evidentemente que este permissivo tem como condão ampliar o controle das licitações, não o limitando somente aos possíveis licitantes interessados em contratar com Administração, revelando-se mais uma ferramenta legítima popular a favor do trato probo do Erário. Neste sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Para assegurar a mais ampla fiscalização quanto à lisura do edital, o art. 41, §1º, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital que se ressinta desconformidade com a lei. Prevê que poderá protocolar sua manifestação até cinco dias antes da abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração, em até três dias úteis, respondê-la e julgá-la. Ainda que não lhe dê provimento, anulando o edital, o insurgente poderá, sempre, a teor do artigo 113, §º, representar ao Tribunal de Contas¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113. § 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. § 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente. § 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 486.

Veja-se que a impugnação lançada pelo cidadão, o qual não precisa necessariamente ter interesse algum em participar do certame, além de não possuir custas e emolumentos, não afasta a possibilidade se caso não acolhida, de ser levada, mediante representação ao Tribunal de Contas, podendo, inclusive, a decisão administrativa de não provimento ser utilizada eventualmente como peça importante para o exercício do controle externo da Corte de Contas.

Quanto ao segundo legitimado, o licitante (particular com interesse direto no certame licitatório), também possui legitimidade para impugnar administrativamente o edital licitatório. Para tanto deverá, sob pena de decaimento de seu direito, apontar os eventuais vícios (falhas ou irregularidades) contidos no edital até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação.

Importante apontar que o manejo da impugnação pelo licitante também não exige o recolhimento de taxas e não impede o licitante-impugnante de participar do processo licitação até o trânsito em julgado da decisão administrativa que analisar seu mérito, tampouco de levar suas insurgências, mediante representação, ao Tribunal de Contas.

Imperioso notar aqui que à luz da Lei nº 8.666/1993 a Administração Pública possui prazo de 3 (três) dias para responder o cidadão-impugnante, prazo este inexistente ao licitante-impugnante.

Outrossim, partindo-se de que o interesse público é indisponível, a não observância dos prazos tanto do cidadão como do licitante, em que pese não possam ser recebidos suas insurgências como “impugnação” por violação ao princípio da legalidade, suas razões, numa visão mais garantista, podem ser levadas à Administração Pública, como direito de petição. Neste diapasão, explica Celso Antônio Bandeira de Mello que:

O fato, entretanto, é que, a qualquer tempo, qualquer cidadão (o que inclui o licitante) pode exercer direito de petição os Poderes Públicos, “em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal), e a Administração, diante de alguma invalidade do edital, não terá alternativa senão anular o certame¹⁸⁶.

¹⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 486.

Ainda no espectro da contínua observância da legalidade e de extrema importância para o controle, verifica-se que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 49¹⁸⁷, também previu expressamente a possibilidade do dever de autotutela, autorizando a Administração a anular seus atos quando eivados de vícios, como também revogá-los por interesse público.

Tal previsão, de forma mais detalhada e com maiores garantias quando comparado com estatuto anterior (Decreto-Lei nº 2.300/1996), como por exemplo, a exigência de conferir aos interessados o direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, bem como o dever da própria Administração comprovar e demonstrar a superveniência de fato que justifique, por exemplo, a revogação do certame.

É verdadeira, no entanto, a afirmação de que não há na jurisprudência consenso sobre qual é o momento em que o licitante vencedor do certame possui direito público subjetivo à contratação, bem como qual seria o momento oportuno para concessão destas garantias constitucionais – contraditório e ampla defesa – as quais serão melhor discutidas no subcapítulo 4.4.

A título de ilustrar quando o licitante vencedor de fato possui direito à contratação, inclusive no escopo do controle externo pela Corte de Contas, em sede de pesquisa jurisprudencial, verifica-se que o TCU no julgamento do Acórdão 2656/2019-Plenário¹⁸⁸ entendeu que os princípios do contraditório e da ampla defesa

¹⁸⁷ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. § 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

¹⁸⁸ REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REVOGAÇÃO DE LICITAÇÃO E NA INABILITAÇÃO DE LICITANTE. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NO PEDIDO DE ANULAR A REVOGAÇÃO DO CERTAME, POR EXISTIREM FUNDAMENTOS PARA A DECISÃO. CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO E IMPROCEDÊNCIA. PREJUDICIALIDADE NA APRECIÇÃO DO REQUERIMENTO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR E DAS ALEGAÇÕES A RESPEITO DA INABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO REPRESENTANTE. 1. Somente é exigível a observância das disposições do art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído com a adjudicação do objeto, gera direitos subjetivos ao licitante vencedor ou em casos de revogação ou de anulação em que o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como o causador do desfazimento do certame. 2. Diante da ausência de interesse público na apuração de indícios de irregularidade em processo de representação, não compete a este Tribunal tutelar direitos subjetivos de licitante ou contratado, os quais devem recorrer à via administrativa ou judicial para buscar

são de observância cogente quando houver a adjudicação do objeto, haja vista que nesta situação, configuraria materializado o direito subjetivo do licitante, *in verbis*, o enunciado:

Somente é exigível a observância das disposições do art. 49, § 3º, da Lei 8.666/1993 (contraditório e ampla defesa) quando o procedimento licitatório, por ter sido concluído com a adjudicação do objeto, gera direitos subjetivos ao licitante vencedor, ou em casos de revogação ou de anulação em que o licitante seja apontado, de modo direto ou indireto, como o causador do desfazimento do certame.

Em sentido contrário, também se verifica na jurisprudência da própria Corte de Contas da União, extraído do Acórdão 455/2017-Plenário¹⁸⁹, que a Administração Pública tem o dever de comunicar aos licitantes interessados, independente da fase em que se encontra, sua intenção de desfazimento do ato, concedendo prazo razoável para o exercício do contraditório e ampla defesa para que defendam o desiderato antes do ato de revogação, nos termos sintéticos do seguinte enunciado:

Constatado fato superveniente a motivar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável.

Por arremate, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o REsp 17312/SE¹⁹⁰ firmou entendimento de que o procedimento licitatório após a

a satisfação de eventuais direitos. (TCU – RP: 03621020196, Relator: Ana Arraes, Data de Julgamento: 30/10/2019, Plenário).

¹⁸⁹ RELATÓRIO DE AUDITORIA. MODELO PREDITIVO. FISCALIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. REVOGAÇÃO DE CERTAME SEM OBSERVÂNCIA AS LIMITAÇÕES LEGAIS. REPASSE INDEVIDO DA CONTA CORRENTE ESPECÍFICA DE CONVÊNIO PARA CONTA DE OUTRO ÓRGÃO. CIÊNCIA. 1. A revogação de certame licitatório, seja nas modalidades previstas na Lei 8.666/1993 seja na modalidade pregão, deve observar os seguintes requisitos: a) fato superveniente que tenha transfigurado o procedimento em inconveniente ou inoportuno; b) motivação; e c) contraditório e ampla defesa prévios, conforme dispõem o art. 49, caput, e § 3º, da Lei 8.666/1993 c/c art. 9º da Lei 10.520/2002. 2. Constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, antes de a Administração tomar a decisão de forma motivada. 3. O ordenamento jurídico impõe à Administração o dever-poder de julgar e responder as impugnações direcionadas a instrumento convocatório de certame. 4. Os recursos de convênios deverão ser mantidos na conta bancária específica da avença e somente poderão ser utilizados para pagamento de despesas constantes do plano de trabalho ou para aplicação no mercado financeiro, nas hipóteses previstas em lei ou na Portaria Interministerial 507/2011. (TCU – RP: 018.756/2016-6, Relator: Marcos Bemquerer, Data de Julgamento: 15/03/2017, Plenário).

¹⁹⁰ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. REVOGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. REVISÃO DO JULGADO COMBATIDO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-

homologação e antes da assinatura do contrato, pode ser revogado porque, segundo a Corte, antes da assinatura não seria titular de nenhum direito, não havendo em que se falar em ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Em sede de análise das situações postas acima, numa visão mais garantista e, inclusive, para fins de controle interno e externo, o decidido no Acórdão 455-2017-Plenário do TCU, parece atender melhor os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, haja vista que a oportunização ao contraditório e a ampla defesa, bem como a possibilidade de levar em consideração as razões dos licitantes participantes do certame de forma precedente à revogação ou anulação do procedimento, traz maior robustez e segurança jurídica para fundamentação da decisão de mérito final.

Ainda no rol de semelhanças, quando cotejado com o Decreto-Lei nº 2.300/2006, o artigo 117¹⁹¹ também preceitua que os regramentos licitatórios previstos neste diploma também se aplicam aos Poderes Legislativo e Judiciário, como também ao próprio Tribunal de Contas, abrangendo, em regra, de forma geral o Estado como um todo.

No tocante, ao controle propriamente dito, verifica-se que o legislador repetiu no artigo 113, *caput*, os antigos e já conhecidos ditames do Decreto-Lei nº 2.300/1986 no sentido que o controle das despesas dos contratos advindos desta lei será feito, em sede de controle externo, pelo Tribunal de Contas, sem prejuízo do sistema de

PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. 2. “O procedimento licitatório pode ser revogado após a homologação, antes da assinatura do contrato, em defesa do interesse público. O vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato. Tem mera expectativa de direito, não se podendo falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, previstos no § 3º do artigo 49 da Lei nº 8.666/93” (RMS 30.481/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 02/12/2009). 3. No mais, o Tribunal de origem, com base no contexto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou configurado o interesse público na revogação do certame em comento, ao considerar a necessidade de se garantir tratamento isonômico às partes, facultando aos licitantes a apresentação de novas propostas. É inviável, portanto, analisar a tese defendida no Recurso Especial, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - REsp: 1731246 SE 2018/0050068-6, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 19/06/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/11/2018).

¹⁹¹ Art. 117. As obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

controle interno, permanecendo o ônus e o encargo da Administração Pública em demonstrar a legalidade e a regularidade com os gastos que deram causa, pela importância, *in verbis*:

Artigo 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 previsto¹⁹².

Veja-se que o legislador legitimou o controle do Tribunal de Contas sobre as despesas oriundas dos processos licitatórios materializados em seus respectivos instrumentos, como por exemplo, os contratos administrativos, o qual possui o mister de analisar sobre o prisma da legalidade e da regularidade os dispêndios executados pela Administração Pública.

Evidentemente, como já defendido no subcapítulo 3.3, o Tribunal de Contas da União, por força do artigo 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988 já possuía, anteriormente à edição da Lei nº 8.666/1993, a incumbência da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, inclusive, a possibilidade de sustar atos e contratos, não só sob o prisma da legalidade e regularidade, como também da legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

No entanto, as inovações apresentadas no exercício do controle do Tribunal de Contas das licitações públicas, em especial, as contidas no artigo 113 do diploma deste estatuto, fortaleceu o papel da Corte Contas. Neste sentido, André Rosilho¹⁹³ chegar a afirmar que “a Lei 8.666/1993 levou a cabo importantes mudanças no que tange ao controle nas licitações públicas pelos Tribunais de Contas e às sanções”.

Sob este espectro, o artigo 113¹⁹⁴, parágrafo 1º, estabeleceu o permissivo, através do instrumento de representação, de que qualquer licitante, contratado,

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ ROSILHO, Andre Janjacomo. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 126.

¹⁹⁴ Art. 117. Parágrafo 1º § 1o Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

pessoa física ou jurídica, levar ao conhecimento do Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno da própria Administração Pública eventuais irregularidades cometidas na aplicação desta lei.

Neste sentido, para analisar as competências de controle do TCU sobre as licitações públicas, mister se faz realizar uma interpretação sistêmica do ordenamento, principalmente, com a inovação contida no artigo 113, parágrafo 2º que dispõe sobre a possibilidade dos Tribunais de Contas e órgãos integrantes do sistema de controle interno requerer, *ex officio*, ou ainda em razão da representação suscitada anteriormente, não só solicitar para o exame cópia do edital publicado até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, como também determinar à Administração Pública as medidas corretivas pertinentes que forem apontadas em razão desta verificação, novamente, pela importância, *in verbis*:

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

Aliás, esta ferramenta fortaleceu ainda mais o papel do Tribunal de Contas em seu espectro de atuação concernentes às licitações públicas. Neste sentido, André Rosilho afirma que:

Aos Tribunais de Contas não somente foi atribuída a tradicional tarefa de controlar as despesas decorrentes dos contratos firmados pelo Poder Público, mas também a de intervir diretamente no próprio curso da licitação. Essa possibilidade passou a existir na medida em que se autorizou a estes órgãos solicitar para exame o edital de licitações e impor a órgãos ou entidades da Administração Pública a obrigação de adotar medidas corretivas em caso de supostas falhas¹⁹⁵.

Pela importância de destes institutos¹⁹⁶, inclusive, com ânimo de fazer o cotejo com os ditames da Lei nº 14.133/2021 e regramentos internos do TCU, sobre a temática do controle, em especial, o instituto da representação (art. 113, §1º) e do

¹⁹⁵ ROSILHO, Andre Janjacomo. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 127.

¹⁹⁶ Sobre a importância destes dispositivos, Edgard Camargo afirma que “a ordem de suspensão de editais licitatórios com determinação de correções obrigatórias hoje encontra seu apoio no § 2º do artigo 113 da Lei 8.666/93 e tem sido extraordinário instrumento de controle preventivo”. (RODRIGUES, Edgard Camargo. Nova Lei de Licitações e controle externo: avanço ou retrocesso? São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2021, p. 2).

exame de edital (art. 113, §2º), serão abordados com a devida profundidade no item 4.3 deste capítulo.

Por derradeiro, até o fechamento do presente trabalho, a Lei nº 8.666/1993, após quase 30 (trinta) anos de vigência, será definitivamente revogada em 30 de dezembro de 2023, por força do artigo 193, inciso II, aliena “a” da Lei nº 14.133/2021.

No mais, em que a premente revogação da Lei nº 8.666/1993 é preciso destacar que a observância de seus termos permanecerá indispensável no que toca aos processos licitatórios e decorrentes contratações, desde que definida referida legislação como disciplinadora da licitação, por força mesmo do artigo 191, parágrafo 1º¹⁹⁷ da Lei nº 14.133/2021.

Isso significa dizer, por extensão lógica, que os efeitos das disposições da Lei nº 8.666/1993 protrair-se-ão enquanto em curso processos licitatórios e vigentes contratos – que como cediço alguns deles podem viger por até 72 (setenta e dois) meses¹⁹⁸, isso sem falar da incidência de prazo quinquenal para invalidação de atos praticados tendo como fundamento a Lei nº 8.666/1993.

4.1.3 Sistema da Lei nº 14.133/2021

A Lei nº 14.133 promulgada em 1º de abril de 2021¹⁹⁹, conhecida pela literatura especializada como a “Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC)” teve como ânimo consolidar²⁰⁰, em um só diploma, as normas gerais de licitações e contratos, haja vista

¹⁹⁷ Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que: [...] § 1º Na hipótese do caput, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

¹⁹⁸ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; [...] § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

¹⁹⁹ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

²⁰⁰ A expressão “consolidar” utilizada refere-se semanticamente ao ato de unificar, não necessariamente no sentido de se compilar ou versionar as normas postas, aproveitando-se em todo ou em parte das disposições normativas existentes, mas, meramente, a tentativa de se criar um único diploma geral de licitações e contratos para Administração Pública.

que na sistemática anterior, havia, além da Lei Federal nº 8.666/1993²⁰¹, a Lei nº 10.520/2002²⁰² (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/2011²⁰³ (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas) todas versando, dentro de seus prismas, sobre licitações.

Tal afirmação, verifica-se no conteúdo artigo 193, inciso II, aliena “a” que em sua redação original, ou seja, quando da sua promulgação, determinava que os diplomas suso referidos seriam revogados após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da nova lei.

Neste caminho, o legislador infraconstitucional permitiu que durante este período de vigência simultânea, com ânimo de a Administração Pública melhor se estruturar e adaptar ao novo diploma licitatório, pudesse optar em realizar suas licitações pelo regime antigo, porém vigente, ou já pela nova Lei de Licitações e Contratos, vedado por força do artigo 191, parágrafo §2º a aplicação combinada da NLLC com os diplomas arrolados no inciso II do artigo 193 (Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011).

Deste permissivo legal, extrai-se por indução lógica que pretendeu o legislador conceder tal possibilidade para que a Administração Pública começasse a aplicar o novo diploma de forma gradual e escalonada com ânimo de adquirir a expertise necessária para aplicação integral de seus ditames.

No entanto, o que aparentemente mostra-se uma benesse, pode, se não bem utilizada pela Administração, se tornar uma fonte de equívocos, ao tentarem, por exemplo, aplicarem os diplomas conjuntamente em um mesmo certame. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que:

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023:

²⁰² BRASIL. Lei nº 10.520, 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº s 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

Com essa vigência simultânea pretende-se que os órgãos e licitantes possam ir se habituando à nova lei. Entretanto, parece claro a todas as luzes que esse conjunto desordenado de leis causará mais problemas do que soluções, já que muitos poderão “misturar” os diferentes regimes, criando uma colcha de retalhos com as diversas leis, a despeito de esta prática ter sido antecipadamente vedada pelo art. 191, caput, da nova lei²⁰⁴.

Transcorridos quase 2 (dois) anos da promulgação, foi editada a Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023²⁰⁵, disciplinando, em síntese, que a Administração Pública poderá optar pela utilização do diploma antigo desde que a publicação do edital ou ato autorizativo da contratação ocorra até o dia 29 de dezembro de 2023, reforçando a vedação de combinação entre os regimes licitatórios, como também que os antigos diplomas serão revogados de forma definitiva somente em 30 de dezembro de 2023.

Na Exposição de Motivo nº 00046/2023²⁰⁶ que justificou a edição da medida provisória de relevância e urgência foram apresentadas, em síntese, as destacadas justificativas: a) “[...] dificuldade de atender de modo pleno a nova legislação diante da complexidade das alterações, em especial em municípios de menor porte [...]”; b) “[...] entes federados que ainda não se sentem seguros nem detentores da estrutura administrativa necessária para dar cabo de modo pleno dos ditames da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 [...]”.

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 520.

²⁰⁵ “Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que: I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta. § 1º Na hipótese do caput, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. § 2º É vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do caput do art. 193.” (NR) “Art. 193. II - em 30 de dezembro de 2023: a) a Lei nº 8.666, de 1993; b) a Lei nº 10.520, de 2002; e c) os art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011.” (NR) (BRASIL. Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2023. Disponível em: [²⁰⁶ Exposição de Motivo nº 00046/2023. Disponível em \[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1167-23.pdf\]\(https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1167-23.pdf\). Acesso em: 12 jun. 23.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.167%2C%20DE%2031%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202023&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,4%20de%20agosto%20de%202021. Acesso em: 21 abr. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Ainda na esfera introdutória sobre a vigência simultânea da NLLC, posteriormente foi editada a Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023²⁰⁷, que, dentre diversas matérias, disciplinou no seu artigo 3º que os antigos diplomas licitatórios serão de fato revogados no dia 30 de dezembro de 2023.

Ainda nesta seara, é sabido e ressabido que quando um novo diploma jurídico ingressa no ordenamento, ainda mais uma normatização de grande envergadura, como é o caso da NLLC ao versar sobre a legislação geral de licitações e contratos, acaba acarretando acalorada discussão na literatura especializada.

Em resumo, destacam-se as críticas no sentido de que a NLLC se tornou mais formalista, de difícil compreensão e rigorosa até para contratações mais simples. Nesta toada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que:

Após um longo processo legislativo, a Lei nº 14.133/2021 foi publicada como a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A exemplo da Lei nº 8.666/1993, trata-se de uma lei exaustiva, repleta de requisitos, procedimentos e minudências, que pouco espaço normativo deixou, de forma expressa para competência suplementar dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Há excesso de formalismos e pormenores de difícil compreensão, caminhando em sentido inverso àquele necessário para busca da eficiência por meio de contratações mais ágeis, racionais e transparentes²⁰⁸.

Com mesmo tom crítico, Celso Antônio Bandeira de Mello traça as seguintes considerações sobre a NLLC:

[...] Esperava-se muito mais da nova lei, mas o que se vê é uma imitação “mambembe” e ainda mais burocrática da legislação anterior. (...) De fato, os avanços com a nova lei foram pontuais, já que ela não rompeu com a estrutura ultrapassada da Lei 8.666 e, da mesma forma, exige um sem-número de documentos (como planos anuais de contratação, documentos de formalização de demandas, estudos técnicos preliminares, análises de risco, análises mercadológicas e justificativas a cada etapa) para contratações simples, rotineiras e de baixo custo, como canetas, papel higiênico e lâmpadas²⁰⁹.

²⁰⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023. Altera a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, para manter os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) de Municípios com redução populacional aferida em censo demográfico, aplicando redutor financeiro sobre eventuais ganhos, na forma e no prazo que especifica; e altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp198.htm. Acesso em: 1 jul. 2023.

²⁰⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, introdução.

²⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 521.

Aliás, não se pode deixar aqui de repisar, que a aparente complexidade de adequação procedimental explicitadas acima, foi justamente uma das entre as diversas fundamentações que guarneceram a exposição de motivos que ensejou a edição da medida provisória que diferiu a vigência do antigo regime.

Feitas estas considerações sobre a vigência, justamente para se compreender a incomum simultaneidade de diplomas versando sobre a mesma matéria, volta-se ao objeto do controle exercido pelo TCU sobre as licitações à luz deste novo diploma licitatório e suas possíveis inovações.

Estruturalmente, a NLLC dividiu-se em 5 (cinco) títulos: o primeiro para tratar sobre as disposições preliminares (arts. 1º a 10), o segundo versando sobre licitações (arts. 11 a 88), o terceiro sobre versando sobre os contratos administrativos (arts. 89 a 154), o quarto sobre irregularidades (art. 155 a 173) e quinto sobre disposições gerais (art. 174 a 194), o que mostra que a pecha de ser de fato mais extenso, como já aduzido pela literatura, de fato lhe cai bem.

De início, verifica-se no artigo 5º²¹⁰ a positivação de um rol amplo de princípios norteadores das licitações públicas, como também a expressa e importante menção de aplicação dos ditames da LINDB, alterada pela Lei nº 13.655/2018, nos procedimentos licitatórios, alteração esta de tamanho relevo para Administração Pública, que levaram ao TCU a editar a Resolução nº 315/2020²¹¹ para conformação de suas decisões à luz daquelas diretrizes.

Neste necessário, leva-se a crer a preocupação do legislador de que os ditames da LINDB de fato também fossem aplicados na nova lei de licitações e contratos.

²¹⁰ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2023). Assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 [alterada pela Lei nº 13.655/2018]. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

²¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 315/2020, de 22 de abril de 2020. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-2783%22>. Acesso em: 21 abr. 2023.

Insta apontar que ao analisar os objetivos do processo licitatório entabulados no artigo 11²¹², verifica-se que a Administração deve garantir: a) a seleção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para administração, b) o tratamento isonômico e a justa competição, c) compelir as contratações com sobrepreços, inexequíveis e superfaturadas e d) incentivar o desenvolvimento nacional sustentável, preceitos estes que de certa forma, expressa ou tacitamente, já estavam incutidos no velho ordenamento.

O que de novo se extrai do referido dispositivo, cujo conteúdo é reforçado no artigo 169 que adiante será objeto de estudo, é justamente o conteúdo de seu parágrafo único ao determinar que a alta administração do órgão ou entidade possui a responsabilidade sobre a governanças das contratações e deve implementar entre diversos instrumentos, processos de gestão de riscos e de controles internos com ânimo não só de avaliar e direcionar os processos licitatórios, mas sim, de forma preventiva, monitorá-los, visando, sempre, a promoção da eficiência, efetividade e eficácia nas contratações.

Um ponto sensível de aperfeiçoamento sobre o controle, refere-se à temática da impugnação administrativa estudada anteriormente sobre o manto do antigo diploma, agora prevista no artigo 164 da NLLC²¹³, haja vista que não há mais a diferenciação de prazos para o cidadão e para o licitante consignarem suas insurgências.

Neste caminho, o legislador garantiu a qualquer pessoa a legitimidade de impugnar o edital, independentemente se possui ou não interesse em participar do

²¹² Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

²¹³ Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame (Ibidem).

certame licitatório, quando observado o desacerto na aplicação dos ditames licitatórios. Quanto ao objeto dos reclamos, Marçal Justen Filho explica que:

Pode ser objeto do pedido de esclarecimentos ou impugnação toda e qualquer informação ou deliberação pertinente à licitação, contida ou não no ato convocatório. O pedido de esclarecimentos também pode ser formulado relativamente a outros atos administrativos de cunho normativo ou aqueles pertinentes aos procedimentos auxiliares previstos nos arts. 78 e seguintes da Lei 14.133/2023²¹⁴.

E mais, permitiu que o protocolo das impugnações ou pedido de esclarecimentos devam ser realizados até três dias úteis da abertura do certame, obrigando à Administração Pública a divulgação da resposta das insurgências, inclusive, na internet, até o último dia anterior à data da abertura do certame.

Tal medida se mostra totalmente salutar e, inclusive, benéfica, quando comparado com o regime anterior, uma vez que ao licitante-impugnante não havia prazo legal definido para que suas razões fossem apreciadas e respondidas. Logo, esta inovação também pode ser de extrema valia, haja vista a celeridade de tramitação e conseqüentemente de resposta quanto aos reclamos lançados.

Neste ponto, importante repisar que a interposição de impugnação administrativa, como já era no diploma anterior, não exige custas e não é condição necessária, por exemplo, para que o interessado opte por levar suas insurgências diretamente ao Tribunal de Contas ou ao Poder Judiciário.

Na esfera da autotutela, dentro do campo temático específico das licitações, verifica-se também avanços no que se refere ao instituto da anulação e revogação, disciplinados nos artigos 71 e 165, ambos da NLLC.

É cediço que sob a égide do regime anterior a Administração Pública poderia revogar o certame licitatório por conveniência e oportunidade, como também realizar sua anulação quando acometido de ilegalidades.

No entanto, a nova previsão no que se refere à anulação, não diz respeito a toda e qualquer ilegalidade, mas sim, aquelas que contenham vícios tidos como insanáveis, tornando-os sem efeitos somente os atos subsequentes que dele dependam, o que nos parece uma tentativa de preservar os efeitos dos atos que não estejam maculados de vícios. Neste sentido, aponta Marçal Justen Filho que:

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – LEI 14.133/2021, 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1671.

O juízo de legalidade pode evidenciar a existência de defeito insanável no curso da licitação. Se for constatada a existência de nulidade insanável, caberá produzir a invalidação dos atos defeituosos. Isso poderá conduzir à anulação total ou parcial do certame²¹⁵.

No mais, ficam mantida a comprovação do motivo superveniente ensejador da revogação, bem como a necessidade de conferir tanto na anulação quanto na revogação a manifestação dos interessados no processo administrativo em curso junto à Administração Pública.

De relevo consignar que o artigo 165 da NLLC previu mais uma importante ferramenta garantista frente ao exercício do controle: a possibilidade de manejo recursal pelo licitante no prazo de 3 (três) dias úteis contados da intimação ou da lavratura da ata, em face da anulação ou revogação da licitação, dirigido à autoridade que proferiu a decisão combatida, a qual, se não reconsiderar a decisão, encaminhará para autoridade competente que possui, por sua vez, o prazo máximo de 10 (dez) dias úteis para decidir o mérito da questão.

Pela nova normatização, a Administração Pública e seus agentes terão prazos fixados para tomada de suas decisões, não mais estando sujeito ao particular a espera infundável pelo provimento ou não quanto suas insurgências.

No mais, outro ponto de alto relevo a destacar, é que o recurso manejado possui efeito suspensivo, ou seja, nenhum novo ato, em regra, será produzido até a decisão administrativa final, conforme determina o artigo 168 da NLLC que prevê “o recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente”²¹⁶.

Além do mais, a decisão da autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, o que de plano pode diminuir a emanção de decisões administrativas no exercício de competência discricionária sem a devida motivação ou até mesmo arbitrárias.

Em sede também de inovação, a nova NLLC dedicou no Título IV, Capítulo III, denominado como “Do Controle das Contratações”, composto pelos artigos 169 a 173 para versar sobre o controle das licitações e contratos não só pela Administração

²¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – LEI 14.133/2021, 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 915.

²¹⁶ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em 21 abr. 2023

Pública, em sede de controle interno, como também o exercido, no âmbito do controle externo, pelo Tribunal de Contas.

Dentro do espectro do controle das licitações, objeto deste trabalho, verifica-se que a NLLC em seu artigo 169²¹⁷, a determinação de que as contratações públicas, expressão esta que abrange tanto as licitações como os contratos delas advindas devem ser submetidas à uma análise detida, contínua e permanente de gestão de riscos e de controle preventivo²¹⁸, valendo-se para tanto a Administração Pública de recursos de tecnologia da informação. Sobre este controle preventivo e a utilização de recursos tecnológicos, explicam José Roberto Pimenta de Olivera e Ismar dos Santos Viana que:

Esse controle preventivo de Tribunais de Contas abrange, sobretudo, o dever de atuar no sentido de acompanhar a implementação, por parte dos responsáveis da alta administração dos órgãos e entidades, de controles e sistema de gestão de riscos, buscando identificar, a título de exemplo, se os referidos agentes públicos estão explorando o uso de recursos de tecnologia da informação como ferramenta indispensável à prevenção na ocorrência de fraudes, mediante o cruzamento de dados e compartilhamentos deles com órgãos de controle da administração pública, observado as limitações legais pertinentes²¹⁹.

Ao encontro com o afirmado, no que tange ao aprimoramento do controle no novo diploma quando cotejado com o anterior, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Erick Halpern afirmam que:

[...] a Lei 14.133/2021 avançou em relação ao regime jurídico do controle das licitações e das contratações públicas previsto na Lei 8.866/1993. Além de

²¹⁷ Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas (Ibidem).

²¹⁸ Sobre a advertência para não se confundir controle prévio com controle preventivo, Luciano Ferraz e Fabrício Motta afirmam que “o controle preventivo, enquanto diretriz, não se confunde com controle prévio de legalidade previsto no art. 53 da Lei 14.133/2021. Neste mesmo critério classificatório, o controle preventivo (art. 169, caput) pode ser considerado como controle concomitante: trata-se de uma diretriz que implica acompanhamento da realização dos diversos atos que integram os procedimentos, privilegiando o objetivo de prevenir irregularidade e ilegalidades (FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. BURLE, Maria Sylvania Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274. p. 264).

²¹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de; VIANA, Ismar dos Santos. O papel dos Tribunais de Contas no Controle das contratações públicas: dos aspectos estruturais aos procedimentais. Revista Controle, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 112-145, 2023, p. 119.

estabelecer regras detalhadas sobre o controle, a nova Lei de Licitações e Contratos administrativos revela importante preocupação com a governança pública e com a implementação de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo²²⁰.

Da mesma forma, assevera Marçal Justen Filho que:

A Lei 14.133/2021 promoveu uma atualização das concepções sobre o controle da atividade da administrativa contratual. Superou a orientação ultrapassada de que o controle era uma atividade dissociada da dinâmica da atividade administrativa. Reconheceu a necessidade de o controle ser institucionalizado de modo permanente e contínuo, como uma dimensão insuprimível do exercício das competências administrativas²²¹.

Também preceituou o legislador que as contratações devem estar subordinadas ao controle social, razão pela qual talvez seja um dos elementos ensejadores, como dito em linhas anteriores, do permissivo contido no art. 164 de qualquer pessoa poder impugnar e obter esclarecimentos sobre o edital, fixando-se, inclusive, prazo para obtenção das respectivas respostas.

Para alcançar este desiderato, criou-se, em favor da Administração, 3 (três) linhas de defesa. A primeira, integrada basicamente pelos servidores, empregados, agentes de contratação e autoridades que atuam na estrutura da Administração, a segunda, composta pela assessoria jurídica e controle interno da própria Administração e, por fim, a terceira, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração Pública e o Tribunal de Contas.

A noção de linhas de defesa para o fortalecimento do controle, não se trata de uma criação do direito brasileiro, sendo ferramenta já aplicada em entidades internacionais. Neste sentido, afirmam Luciano Ferraz e Fabricio Motta que:

No art. 169 da Lei 14.133/2021, o legislador positivou o modelo de três linhas (de defesa), adotado pela União Europeia, defendido pelo IIA (*The Institute of Internal Auditors*), na pressuposição da importância de estabelecer diretrizes de governanças de riscos e controle em todos os seus matizes²²².

²²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). Zênite Fácil, Curitiba, 2021, p. 6.

²²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – LEI 14.133/2021, 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1671.

²²² FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274. p. 261.

Ao realizar a leitura, como posta, no artigo 169, em sede de interpretação literal, poderia se chegar à conclusão que as linhas de defesa são de observância sucessiva, quando, na verdade, todos os atores envolvidos, dentro dos âmbitos de suas respectivas atribuições legais, devem realizar o controle de forma concomitante, formando um verdadeiro intercâmbio de informações com fito de evitar ou mitigar irregularidades. Aliás, neste sentido, explica Ricardo Schneider Rodrigues²²³ “[...] destaca que a numeração das linhas não corresponde a operações sequenciais, mas tão somente diferencia as respectivas funções, pois todos exercem seus papéis de forma simultânea”.

A título de exemplo prático, num processo licitatório o agente de contratação ao receber aos autos tem o dever, desde que obviamente possua condições técnicas para tanto, de analisar os atos administrativos anteriores praticados por outros agentes e só praticar os atos que lhe de fato competem se o processo estiver em termos. Caso não esteja, deve remeter o processado, por exemplo, à assessoria jurídica, ou ao controle interno, ou até mesmo a autoridade hierarquicamente superior, sempre por escrito, seus apontamentos para que, em um esforço sistêmico, sejam limadas eventuais ilegalidades ou irregularidades.

De relevo apontar que a NLLC no artigo 169, § 1º²²⁴, como também já visto no artigo 11, parágrafo único, deixou ao cargo da alta administração do Órgão fazer o cotejo dos custos e benefícios no que se refere aplicação das implementações das práticas de gestão de riscos, controle preventivo, entre outras, apontadas no *caput* do artigo 169, concedendo à Administração Pública, no espectro de sua realidade local, a possibilidade de optar por aquelas que possam ter o condão de proporcionar relações íntegras e confiáveis, não só quanto a própria Administração, como todas as partes envolvidas, em prol da segurança jurídica, com a finalidade da consecução do interesse público, promovendo a eficiência, eficácia e efetividade nas contratações. Neste sentido, afirmam Luciano Ferraz e Fabricio Motta que:

²²³ RODRIGUES, Ricardo Schneider. A Lei nº 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos tribunais de contas em prol da administração pública. Revista Brasileira de Políticas Públicas, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 162-181, 1 mar. 2022, p.171

²²⁴ Art. 169, §1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2021).

[...] a ideia de que a disciplina do art. 169 da Lei 14.133/2021 é indicativa de uma realidade ideal e não vinculante a todas as Administrações Públicas, deixando a decisão sobre absorção do modelo de três linhas, em cada esfera federativa, à avaliação específica da realidade subjacente, a ser disciplinada por meio de atos normativos regulamentares²²⁵.

A inovação aqui trazida pela NLLC, foi justamente positivar a nível infraconstitucional alguns conceitos, elementos e metodologias técnicas já utilizados pelo Tribunal de Contas da União no controle das licitações, contidos em suas instruções normativas, conforme será abordado no subcapítulo 4.2 deste trabalho, o que por si só acarreta a observância não apenas pelos Tribunais de Contas de toda Federação, como também para o controle interno da própria Administração Pública, como por exemplo, governança nas contratações, gestão de riscos, planejamento estratégico e a busca da eficiência, efetividade e eficácia nas contratações.

Isto porque pela dinâmica da nova legislação, o controle interno da Administração encontra-se lado a lado do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, em uma relação não de hierarquia e/ou subordinação, mas de soma de esforços para consecução do interesse público. Neste caminho, explicam Luciano Ferraz e Fabricio Motta que:

(...) a previsão do órgão central de controle interno e do Tribunal de Contas na mesma linha pelo legislador da Lei 14.133/2021, como comentado, deixa patente de que não há subordinação hierárquica entre ambos, embora os responsáveis pelo controle interno seja prescrito o dever de auxiliar o Tribunal de Contas na sua missão institucional (art. 74, IV, da Constituição), comunicando-lhes ilegalidades detectadas (no prazo e foram que dispuser a legislação pertinentes), sob pena de responsabilidade solidária²²⁶.

Evidentemente que a opção do legislador infraconstitucional em arrolar, na terceira linha de defesa, órgão central de controle interno da Administração juntamente com o Tribunal de Contas também trouxe críticas no sentido do ente fiscalizador e o fiscalizado figurarem no mesmo plano. Sobre esta questão Edgard Camargo Rodrigues afirma que:

²²⁵ FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274. p. 267.

²²⁶ FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274. p. 267

O controle previsto no artigo 169 da nova lei dá-se pelo acionamento de três linhas de defesas distribuídas entre agentes da Administração e Tribunais de Contas, estes incluídos na terceira linha. Ora, estes são preceitos conhecidos de controle interno e parece contraproducente, para não dizer exótico, colocar no mesmo balaio o fiscal e o fiscalizado²²⁷.

Ainda no âmbito das linhas de defesa, das quais o Tribunal de Contas também figura, o artigo 169, parágrafo 3º²²⁸ ainda delinea as posturas que estes devem adotar quando constatarem simples impropriedade formal e quando constarem irregularidades que acarretem dano à Administração Pública.

Na primeira hipótese, mais simples, deve-se logicamente realizar os saneamentos dos atos necessários, como também investir não só no controle preventivo, como também na capacitação dos agentes públicos.

Já na hipótese de irregularidades que acarretaram dano, além da apuração funcional das infrações administrativas, o Ministério Público deverá ser acionado para eventual apuração dos ilícitos de sua competência.

Complementarmente, ao artigo anterior e repisando-se, que os ditames da LINDB²²⁹ se aplicam no novo diploma licitatório o artigo 170 determina que

[...] os órgãos de controle²³⁰ adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e

²²⁷ RODRIGUES, Edgard Camargo. Nova Lei de Licitações e controle externo: avanço ou retrocesso? São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2021, p. 2.

²²⁸ Artigo 169, §3º § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte: I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2021).

²²⁹ Sobre aplicação da LINDB na Lei 14.133/2021, Marçal Justen Filho afirma que “cabe, ademais observar os parâmetros consagrados na LINDB, no tocante à avaliação da validade dos atos normativos, decisões concretas e atos de execução material. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – LEI 14.133/2021, 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1695).

²³⁰ Quanto a expressão “órgãos de controle” e seu alcance Luciano Ferraz e Fabrício Motta asseveram que “(...) No particular, a expressão ‘órgãos de controle’ constante no art. 170 da Lei 14.133/2021 deve ser interpretada para que alcance apenas instituições de controle interno e externo”. É que o órgão de assessoramento jurídico, apesar de realizar atividade de controle prévio de legalidade, de acordo com a lei, não possui atribuições gerais de fiscalização da governança das contratações, pautando sua atuação por procedimentos específicos de autocontrole (não realizando, por exemplo, auditorias e fiscalizações)” (FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: PIETRO,

considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.

Nesta esteira, Luciano Ferraz e Fabricio Motta²³¹ expõe que “a LINDB trouxe à gestão pública ingredientes de pragmatismo (força normativa dos fatos) e consequencialismo (avaliação concreta dos efeitos da decisão administrativa, controladora ou judicial)”.

Neste ponto, aqui vale reforçar, que estes comandos normativos se aplicam tanto às fiscalizações realizadas pelo controle interno da própria Administração Pública, como também pelo controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.

Mister se faz também consignar que o artigo 170, parágrafo 4º²³² da NLLC manteve praticamente a mesma redação do artigo 117, §1º da Lei nº 8.666/1993, ao permitir que qualquer licitante, contrato, pessoa física ou jurídica represente contra eventuais irregularidades desta lei não só ao Tribunal de Contas, como também aos órgãos de controle interno.

Agora, quando se aborda sobre as atribuições do Tribunal de Contas na nova lei de licitações e contratos, uma forte celeuma é ressoada na literatura especializada no que tange a ausência de previsão sobre as competências expressas que o Tribunal de Contas detém no novo diploma, haja vista que se no artigo 113, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 tinha um escopo bem definido sobre o controle externo exercido pela Corte de Contas nas licitações, o novo ordenamento não previu comando análogo de forma expressa.

Sobre a inexistência na NLLC de dispositivo análogo ao artigo 113, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 e sobre os eventuais questionamentos desta não previsão em relação ao controle, afirma Leandro Maciel Nascimento que:

[...] A lei n. 14.133/2021 traz uma novidade: o *caput* do artigo 113 será revogado sem que haja dispositivo equivalente na nova lei. A princípio, tal fato trouxe dúvidas aos profissionais e aos estudiosos de licitações e contratos. Qual será o objetivo da mudança? Restringir a atuação dos tribunais de contas? Eliminar um dispositivo de realce? Remeter a análise do

Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274. p. 268).

²³¹ *Ibidem*.

²³² Art. 170, § 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2021).

ônus da prova para cada caso concreto? Ao final, a fiscalização e controle serão, de algum modo, prejudicados? Analisando a lei n. 14.133/2021 em seu conjunto, constata-se que o caput do artigo 113 da lei n. 8.666/1993 fará falta, pois deixa clara a relação entre controladores e controlados. O ideal seria que a lei nova contivesse regra equivalente²³³.

Em tom crítico, ainda sobre a omissão de definições claras das competências do Tribunal de Contas no âmbito das licitações, Edgard Camargo Rodrigues assevera que:

[...] causa perplexidade o realinhamento adotado no Capítulo III do Título IV. Digo realinhamento porque afastada na sua inteireza a definição essencial de competência com muita clareza é explicitada no artigo 113 da Lei 8.666/93 quanto ao controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ela regidos. [...] Daí desalentador constatar que o legislador relegou a plano secundário em matéria de tamanha envergadura a abrangência a presença e atuação dos Tribunais de Contas (que agirão de qualquer forma porque suas atribuições emanam diretamente da Constituição e não da lei ordinária)²³⁴.

Ainda no campo da crítica, mas reforçando que a ausência na NLLC, não afasta as competências constitucionais do TCU, explica Leandro Maciel Nascimento que:

[...] Analisando a lei n. 14.133/2021 em seu conjunto, constata-se que o caput do artigo 113 da lei n. 8.666/1993 fará falta, pois deixa clara a relação entre controladores e controlados. O ideal seria que a lei nova contivesse regra equivalente. Contudo, sua revogação não afetará a atuação dos tribunais de contas brasileiros. Em primeiro lugar, porque as definições do ônus de provar a boa aplicação dos recursos públicos está prevista na Constituição Federal de 1988 [...]²³⁵.

De fato, é inconteste que a preocupação do legislador na Lei nº 8.866/1993 em delinear de forma clara as atribuições do Tribunal de Contas no âmbito da matéria legislativa foi salutar, afinal, é pela positivação de normas claras e objetivas que se extrai o controle de legalidade não só dos atos da Administração Pública, na qualidade de entidade fiscalizada, como também da atuação do próprio Tribunal de Contas, no

²³³ NASCIMENTO, Leandro Maciel. A nova lei geral de licitações e os tribunais de contas brasileiros: notas sobre as inovações e os aperfeiçoamentos no controle das contratações públicas. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 105-133, 2023, p. 118.

²³⁴ RODRIGUES, Edgard Camargo. Nova Lei de Licitações e controle externo: avanço ou retrocesso? São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2021, p. 2.

²³⁵ NASCIMENTO, Leandro Maciel. A nova lei geral de licitações e os tribunais de contas brasileiros: notas sobre as inovações e os aperfeiçoamentos no controle das contratações públicas. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 105-133, 2023, p. 118.

exercício e sua competência fiscalizatória, o que acarreta, em *ultima ratio*, segurança jurídica a todos os envolvidos.

No entanto, mesmo que o novo diploma licitatório em nada disciplinasse a atuação do Tribunal de Contas da União, o artigo 70 e seguintes da Constituição Federal, por si só dá cabo do exercício fiscalizatório e demais ações de controle, inclusive, com a possibilidade, conforme tecido no subcapítulo 3.3 deste trabalho, de sustar atos e contratos, como também determinar que a Administração Pública, dentro do prazo assinalado, promova as adequações dos atos eventualmente maculados por irregularidades, tudo isso, inclusive, no âmbito das licitações.

Logo, a ausência na NLLC do inteiro teor do *caput* do 113 do antigo diploma, de forma alguma limita a atuação da Corte de Contas, não parecendo a conclusão da *ratio legis* da nova lei ante tantos dispositivos garantistas de controle tanto para a Administração, quanto para os administrados em geral.

Não menos importante, a NLLC inovou em seu artigo 171, parágrafo 1º, ao expressamente versar sobre a possibilidade do Tribunal de Contas não só de suspender cautelarmente o processo licitatório, o que já era possível de certa forma no antigo diploma, como também fixar de prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, prorrogáveis por única vez, para que a Corte de Contas se pronuncie de forma definitiva.

E mais no caso de deferimento da suspensão cautelar, a decisão deverá de forma objetiva conter as causas da ordem de suspensão, como também, se o feito licitatório eventualmente versar sobre objetos tidos como essenciais ou de emergência, deverá também se pronunciar, desde já, como o interesse público será atendido.

De outra banda, fixou prazo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis, para a Administração Pública se manifestar sobre as medidas adotadas para o cumprimento da decisão, apresentar as informações cabíveis e proceder a apuração de responsabilidade se for o caso (art. 171, parágrafo 2º). No mais, reforçou, no artigo 171, parágrafo 3º, que a decisão que examinar o mérito da medida cautelar, deverá definir as medidas necessárias e adequadas em face as alternativas possíveis, à luz do caso concreto, para que se possa inicialmente realizar o saneamento do processo licitatório, ou determinar sua anulação.

Maior aprofundamento dos institutos da representação ao Tribunal de Contas (art. 170, parágrafo 4º) e da suspensão cautelar do processo licitatório (art. 171, §1º) serão abordados no subcapítulo 4.3.

Por derradeiro, a NLLC, em seu artigo 173²³⁶, delegou ao Tribunal de Contas o papel educativo de promover a capacitação dos quadros da Administração Pública, quanto ao manejo e aplicação da presente lei, o que de fato se revela como mais uma importante ferramenta de fomento ao cumprimento da legalidade e do melhor trato com o erário.

4.2 Instrumentos de Fiscalização do Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo das licitações

O Tribunal de Contas da União possui como mister constitucional a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e demais entidades que estão sob a sua jurisdição sobre os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade entre outros, conforme já abordado no capítulo 3 deste trabalho.

Evidentemente que além destes comandos, possui, como já citado em diversos pontos deste trabalho, sua própria Lei Orgânica (LOTUCU) e seu Regimento Interno (RITCU) que todos em conjunto formam verdadeira espinha dorsal que viabilizam o controle da Administração Pública, em especial, no âmbito deste trabalho, o das licitações públicas.

Imperioso consignar que no artigo 3º da LOTUCU²³⁷ que o legislador conferiu ao TCU, no âmbito de suas competências, o chamado poder regulamentar²³⁸, ou seja, a

²³⁶ Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas (BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2021).

²³⁷ Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

²³⁸ Sobre o poder regulamentar, Maria Sylvia Zanella di Pietro explica que “[...] embora o poder regulamentar, por excelência, incumba ao Chefe do Poder Executivo das três esferas de governo (art. 84, IV, da Constituição Federal, repetido nas Constituições estaduais e leis orgânicas distritais e

possibilidade jurídica de expedir atos e instruções normativas sobre suas atribuições, inclusive, obrigando seus destinatários ao efetivo cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Sobre estas instruções normativas, como já adiantado no subcapítulo 4.1.3, algumas das inovações trazidas pela NLLC, como conceitos e metodologias técnicas (critérios de eficiência, de eficácia, de efetividade de oportunidade, materialidade, relevância, controle preventivo, planejamento estratégico, gestão de riscos, entre outros) regulamentados e utilizados pela Corte de Contas da União no exercício de suas atribuições, foram positivadas, em especial, nos artigos 11, 169 e 170 da Lei nº 14.133/2021, o que leva crer de certa maneira que o Congresso Nacional validou o sistema adotado, até então pelo TCU, em suas fiscalizações, haja vista que tais dispositivos são de observância cogente também para Administração Pública e seus respectivos controles internos.

Diante deste cenário e em tom cautela, Leandro Sarai, Flávio Garcia Cabral e Cristiane Rodrigues Iwakura tecem a questão da nacionalização do controle, explicando que:

Outro aspecto relevante da nova Lei, no que tange ao controle, está em fazer valer posições já existentes no âmbito do TCU, mas agora para toda a Administração Pública, inclusive para as esferas estadual, distrital e municipal. Esse aspecto deve ser analisado com cautela. Embora seja válido e relevante adotar um padrão minimamente uniforme sobre como o controle deva ser exercido para todos os entes, não se poder perder a vista a realidade dos entes federados é bastante distinta em especial, para os municípios²³⁹.

Feitas estas considerações, na seara do controle, o Tribunal de Contas da União, de acordo com seu Regimento Interno, possui, em regra, os seguintes

municipais). Este tipo de Regulamento se formaliza mediante decreto. Mas existem outros tipos de atos normativos com caráter regulamentar, expedidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, como as resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviço, avisos, além de atos normativos do Legislativo e do Judiciário, praticados no exercício de função administrativa. É o caso dos decretos legislativos e resoluções do Legislativo, bem como dos provimentos dos Tribunais em matéria de sua respectiva competência. Ainda podem ser mencionados os pareceres normativos e as súmulas editadas no âmbito administrativo, com efeitos vinculantes para toda a Administração Pública. Todos esses atos têm em comum o fato de produzirem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos, alguns com efeitos internos ao ente que os baixou, outros com efeitos externos. Todos eles subordinam-se hierarquicamente à Constituição e à lei". (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 27 jun. 2023, p. 76).

²³⁹ SARAI, Leandro; CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. O controle das contratações públicas na nova lei de licitações: o que há de novo? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 185-204, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7980/pdf>. Acesso em: 26 mar. 2023, p. 200.

instrumentos de fiscalização previstos nos artigos 238 a 243 do RITCU: levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos.

Evidentemente que todas estas ferramentas possuem dentro seu respectivo espectro, relevância para seara do controle das licitações, razão pela qual passa-se conceitua-las, valendo-se do Glossário de Termos de Controle Externo²⁴⁰, elaborado, inclusive, dentro sua competência regulamentar, em forma de portaria, pelo próprio TCU.

O instrumento de fiscalização de levantamento²⁴¹ possui o condão de proporcionar ao Tribunal de Contas da União o conhecimento da estrutura organizacional dos órgãos da Administração Pública a serem fiscalizados, bem como suas peculiaridades locais com fito de selecionar de forma otimizada os instrumentos mais adequados para o exercício de controle do órgão jurisdicionado.

Já auditoria²⁴², na qualidade de instrumento de fiscalização, revela-se como ferramenta para a análise da legalidade e da legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública, nos diversos aspectos da competência constitucional do TCU, em especial, sobre a “economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados”.

Sobre estes aspectos de controle de eficiência, eficácia e efetividade verificam-se que foram positivados no art. 11, parágrafo único e art. 169, parágrafo 1º ambos da NLLC, os quais, por sua vez, já estavam previstos no Manual de Auditoria

²⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECEX Nº 27, de 24 de outubro de 2017. Atualiza o documento “Glossário de Termos do Controle Externo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC59C0F015F58F31F6504A6>. Acesso em: 21 abr. 2023.

²⁴¹ Levantamento – instrumento de fiscalização utilizado pelo TCU para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração pública, bem como os sistemas, programas, projetos e atividades governamentais quanto aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e avaliar a viabilidade de realização de fiscalizações (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECEX Nº 27, de 24 de outubro de 2017. Atualiza o documento “Glossário de Termos do Controle Externo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC59C0F015F58F31F6504A6>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 24).

²⁴² Auditoria [...] - instrumento de fiscalização utilizado pelo TCU para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECEX Nº 27, de 24 de outubro de 2017. Atualiza o documento “Glossário de Termos do Controle Externo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC59C0F015F58F31F6504A6>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 11).

Operacional do Tribunal de Contas²⁴³, antes mesmo da promulgação do novo diploma.

No tocante aos diversos tipos de auditorias, destaca-se, na visão Evandro Martins Guerra a auditoria operacional, a qual não está limitada somente ao tradicional controle de legalidade sobre as despesas públicas, afirmando que:

Na atualidade, podemos contar algumas modalidades de auditorias inerentes ao controle do primeiro setor, destacando-se, dentre elas, a auditoria operacional, ou de gestão, capaz de ensejar melhores resultados, tanto para o órgão fiscalizador, como para o fiscalizado, em face à avaliação do grau de eficiência, eficácia e economicidade de um determinado programa de governo. É que o controle da arrecadação e dos gastos públicos, tão-somente sob o ângulo da legalidade, não mais satisfaz os anseios do Estado Democrático, sendo essencial, a avaliação da gestão dos recursos do povo²⁴⁴.

Por sua vez o instrumento fiscalizatório de inspeção²⁴⁵ possui como uma das principais finalidades apurar os fatos ventilados no instituto da representação, já apresentado em linhas anteriores, sobre a existência de irregularidades ou ilegalidades na aplicação dos diplomas licitatórios.

Ainda no bojo do exercício da fiscalização, o TCU pode se valer do instrumento de acompanhamento, o qual é utilizado, tanto para examinar o cumprimento da legalidade e dos demais elementos de sua competência constitucional, como também avaliar o desempenho das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, sob a ótica da economicidade, eficiência e eficácia.

Interessante frisar que no que concerne as licitações, o artigo 242 do RITCU²⁴⁶ prevê expressamente que os editais de licitações serão acompanhados de forma

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. – 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023, p. 16-17

²⁴⁴ GUERRA, Evandro Martins. Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 103.

²⁴⁵ Inspeção [...] – instrumento de fiscalização utilizado pelo TCU para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECEX N° 27, de 24 de outubro de 2017. Atualiza o documento “Glossário de Termos do Controle Externo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC59C0F015F58F31F6504A6>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 22).

²⁴⁶ Art. 242. As atividades dos órgãos e entidades jurisdicionadas ao Tribunal serão acompanhadas de forma seletiva e concomitante, mediante informações obtidas: I – pela publicação nos órgãos oficiais e mediante consulta a sistemas informatizados adotados pela administração pública federal: a) da lei relativa ao plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, da lei orçamentária anual e da abertura

seletiva e concomitante, pela publicação nos órgãos oficiais, por sistemas informatizados, por meio de documentos solicitados, visitas técnicas de lavra do TCU e ainda por consulta ao sistema de transparência da Administração Pública fiscalizada.

Desta feita, o acompanhamento concomitante da atividade da Administração Pública previsto no RITCU, pelo seu caráter de controle preventivo, ainda mais pela extensa gama de obtenção de dados constantes nos sistemas de informação disponíveis à Corte de Contas, inclusive, muitas das vezes em tempo real sobre os certames licitatórios, parece ter sido também importado pelo legislador no artigo 169, *caput*, da NLLC.

No mais, ainda mister se faz versar sobre o instrumento de monitoramento²⁴⁷ que é utilizado pelo TCU para fazer o cotejo entre suas deliberações e os resultados obtidos, como força de aprimoramento do próprio controle.

Avançando ainda no aspecto da fiscalização das licitações e seus instrumentos, verifica-se, no bojo do poder regulamentar do TCU, a edição do Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos²⁴⁸ no ano de 2017, o qual dentro do seu planejamento estratégico, possui como objetivo “induzir o aperfeiçoamento da gestão de riscos e controles internos da Administração Pública”. Da mesma forma que

de créditos adicionais; b) dos editais de licitação, dos extratos de contratos e de convênios, acordos, ajustes, termos de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como dos atos referidos no art. 259; II – por meio de expedientes e documentos solicitados pelo Tribunal ou colocados à sua disposição; III – por meio de visitas técnicas ou participações em eventos promovidos por órgãos e entidades da administração pública. IV – pelo acesso a informações publicadas em sítio eletrônico do órgão ou entidade. Parágrafo único. As informações obtidas pelos procedimentos previstos neste artigo independem da existência de processo autuado, podendo ser objeto de delegação de competência (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023).

²⁴⁷ Monitoramento – instrumento de fiscalização ou ação de controle do TCU para verificar o cumprimento de suas deliberações (determinações e recomendações) e os resultados delas advindos (RITCU, Art. 243). Em termos gerais, monitoramento consiste em ações de verificação, supervisão, observação crítica ou identificação da situação, executadas de forma contínua, a fim de identificar mudanças no nível de desempenho requerido ou esperado (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGEX N° 27, de 24 de outubro de 2017. Atualiza o documento “Glossário de Termos do Controle Externo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC0F015F58F31F6504A6>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 25.

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGEX N° 9, de 18 de maio de 2017. Aprova o documento “Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos”. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/69/10/AC/EA/4623C5105A76E0C52A2818A8/BTCU_ESPECIAL_18_de_22_05_2017%20-%20Roteiro%20de%20Auditoria%20de%20Gest%C3%A3o%20de%20Riscos.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023, 6.

anteriormente, mister se faz consignar que estes objetivos também foram expressamente positivados no parágrafo único do artigo 11 da NLLC.

No que tange ao processo de gestão de riscos e sua imprescindibilidade na rotina da Administração Pública, o referido roteiro de auditoria orienta que:

12. A busca dos objetivos de uma organização pública envolve riscos decorrentes da natureza de suas atividades, de realidades emergentes, de mudanças nas circunstâncias e nas demandas sociais, da própria dinâmica da administração pública, bem como da necessidade de mais transparência e prestação de contas e de cumprir variados requisitos legais e regulatórios.¹³ Assim, as organizações públicas necessitam gerenciar riscos, identificando-os, analisando-os e, em seguida, avaliando se eles devem ser modificados por algum tratamento, de maneira a propiciar segurança razoável para que os objetivos sejam alcançados. 14. A gestão de riscos corretamente implementada e aplicada de forma sistemática, estruturada e oportuna gera benefícios que impactam diretamente cidadãos e outras partes interessadas da organização ao viabilizar o adequado suporte às decisões de alocação e uso apropriado dos recursos públicos, o aumento do grau de eficiência e eficácia no processo de criação, proteção e entrega de valor público, otimizando o desempenho e os resultados entregues à sociedade²⁴⁹.

De fato, a Administração Pública ao implantar uma efetiva gestão de riscos capaz de localizar dentro de sua estrutura pontos de vulnerabilidade e corrigi-los ou melhor monitorá-los, possui o condão de se evitar ou ao menos minorar os danos ao erário, fortalecendo os mecanismos de controle preventivo.

Neste trilhar, foi editada a Resolução-TCU nº 308/2019²⁵⁰ sobre o planejamento e gestão no âmbito do TCU que entre seus objetivos, possui o fito de versar sobre os princípios e práticas gerenciais da Corte de Contas, conforme preceitua o seu artigo 2º:

Art. 2º. O sistema de planejamento e gestão consiste no conjunto de princípios e práticas gerenciais, em especial planos institucionais, estabelecidos com o propósito de orientar, direcionar e comunicar o modelo de atuação e os resultados almejados pelo Tribunal de Contas da União.

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGEX Nº 9, de 18 de maio de 2017. Aprova o documento “Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos”. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/69/10/AC/EA/4623C5105A76E0C52A2818A8/BTCU_ESPECIAL_18_de_22_05_2017%20-%20Roteiro%20de%20Auditoria%20de%20Gest%C3%A3o%20de%20Riscos.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023, 6.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 309, de 13 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre o sistema de planejamento e gestão do Tribunal de Contas da União. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/*/TIPO:%22Resolu%C3%A7%C3%A3o%22%20NUMATO:308%20NUMANOATO:2019/DT-RELEVANCIA%20desc,NUMATO%20desc/0. Acesso em: 21 abr. 2023.

Importante frisar também que neste diploma, especificamente no artigo 16²⁵¹, versa sobre os critérios de risco, materialidade, relevância e oportunidade que o TCU deve adotar em sua proposta de fiscalização, os quais foram também positivados no artigo 170 da NLLC, reforçando-se a ideia unificação do controle e aplicação a todos os órgãos de controle, seja interno, seja externo.

Ainda no exercício do controle, a Corte de Contas possui a prerrogativa contida no artigo 85²⁵² do RITCU de editar súmulas de sua jurisprudência, de suas decisões reiteradas e precedentes, os quais funcionam como guia balizador para Administração Pública no desenvolvimento de suas atividades, em especial, quando abordamos a temática licitatória.

Dentre os diversos entendimentos sumulares, no recorte de estudo desta pesquisa, a Súmula 177 do TCU, editada em 1982, já versava sobre necessidade de que os editais de licitação nos seus respectivos termos de referência definissem de forma, clara, precisa e suficiente o seu objeto, *in verbis*:

SÚMULA TCU 177: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão²⁵³.

Neste ponto, verifica-se claramente que esta importante diretriz se coaduna com os princípios licitatórios contidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, quanto no artigo 5º da nº 14.133/2021, em especial, com ânimo de proporcionar a igualdade de condições entre os licitantes.

²⁵¹ Resolução-TCU nº 309/2019. Art. 16. A proposta de fiscalização será elaborada com base em critérios de risco, materialidade, relevância e oportunidade.

²⁵² Art. 85. A Súmula da Jurisprudência constituir-se-á de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções, precedentes e entendimentos, adotados reiteradamente pelo Tribunal, ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua jurisdição e competência (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023).

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Súmula 177, publicada em 26/10/1982. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*VIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

Ainda com escopo direcionador e com ânimo de afastar as solicitações excessivas que possam frustrar o acudimento à licitação, como por exemplo, a exigências desproporcionais ao objeto licitado, no que se refere à comprovação da capacidade técnica do pretense licitante exigidas no edital, a Súmula 263 do TCU preceitua que:

SÚMULA TCU 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado²⁵⁴.

Da mesma forma, a Súmula 272 do TCU²⁵⁵ veda a exigência editalícias que possam causar dispêndios aos licitantes antes da efetiva contratação, dispondo que:

SÚMULA TCU 272: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Ainda com ânimo de garantir a ampliação da disputa e afastar exigências que frustrem o caráter comparativo da licitação, a Súmula 283²⁵⁶ veda a exigência de certidão de quitação de obrigações, bastando a prova da sua regularidade, *in verbis*:

SÚMULA TCU 283: Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Súmula 263, publicada em 19/01/2011. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*/VIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/15/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Súmula 272, publicada em 02/05/2012. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*/VIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/21/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Súmula 283, publicada em 26/06/2013. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*/VIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/25/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

Evidentemente que as súmulas do TCU emanam entendimentos e posicionamentos, os quais a Administração Pública devem observar haja vista que possuem o condão de balizar o controle, em especial, as suscitadas acima, em relação à licitações, cujas eventuais inobservância, caso não devidamente justificadas, podem, por exemplo, acarretar a suspensão cautelar da licitação em sede de controle preventivo, ou caso a licitação já tenha sido perpetrada, acarretar no julgamento irregular processo licitatório, em sede de controle posterior.

Por todos elementos apresentados, pode-se inferir que o Tribunal de Contas da União, com fulcro nas suas competências constitucionais e seu poder regulamentador, desenvolveu instrumentos de fiscalização e robusto conjunto de regramentos internos para o exercício de seu mister de controle, os quais, em algumas temáticas, foram positivados pelo legislador infraconstitucional na NLLC, cuja observância e adoção também alcança a Administração Pública, em especial, os seus órgãos de controle interno.

4.3 Suspensão cautelar de processos licitatórios pelo TCU

Em linhas anteriores do capítulo 3 deste trabalho, quando apresentadas as competências do Tribunal de Contas da União contidas na Carta Magna de 1988, em especial, a possibilidade de sustar atos administrativos (art. 71, inciso X) e até mesmo contratos (art. 71, inciso X, §§1º 2º) quando eivados ilegalidades, em que pese toda a celeuma explicitada e as posições divergentes sobre a temática, fora abordado o instituto constitucional da sustação.

Da mesma forma, no subcapítulo antecedente, demonstrou-se no âmbito de sua organização interna, através de resoluções, instruções e súmulas próprias como o controle das licitações exercido pela Corte de Contas é realizado, em especial, nas fiscalizações, em regra, *ex officio*, com base em suas competências constitucionais e regimentais.

Mister se faz agora versar sob o prisma da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 14.133/2021, acerca da possibilidade jurídica da Corte de Contas determinar a suspensão cautelar de processos licitatórios maculados por irregularidades e sua proceduralização.

De proêmio, além das disposições constitucionais já estudadas, o TCU possui legitimidade inicial para adoção de medidas cautelares, conforme se denota do artigo

276 de seu regimento interno (RITCU), o qual pela sua importância, colaciona-se abaixo:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992²⁵⁷.

Partindo-se então, do pressuposto de que o processo licitatório é composto por atos administrativos encadeados e sequenciais que, em regra, geram despesas e que quando eventualmente maculados por irregularidades ou ilegalidades, atentam diretamente contra o interesse público, cuja demora para obstá-lo, em última análise, poderia acarretar danos ao erário, as competências constitucionais e regimentais do TCU por si só já autorizam a suspensão do certame.

Neste trilhar, para que os processos licitatórios ou editais possam ser apreciados pelo Tribunal de Contas da União, repise-se, à luz dos diplomas licitatórios estudados (Lei nº 8.666/1993 e 14.133/2021), sem prejuízo da existência de demais meios de fiscalização abordados anteriormente, temos 2 (dois) principais institutos positivados: o da representação e do exame prévio de edital.

Quanto ao instituto da representação, conforme abordado no item 4.1.2 (antigo regime licitatório) e 4.1.3 (novo diploma licitatório), verifica-se que no artigo 113, parágrafo 1º da Lei nº 8.666/1993 é facultado que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, possa valer-se do instituto da representação destinado ao Tribunal de Contas da União contra irregularidades na aplicação da lei.

Da mesma forma, o artigo 174, parágrafo 4º da NLLC também possui redação análoga, permitindo aos legitimados acima citados levar suas insurgências para apreciação da Corte de Contas.

Deste modo, havendo irregularidades ou ilegalidades no procedimento licitatório deflagrado pela Administração Pública, o instituto da representação mostra-

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

se importante ferramenta para o exercício do controle social, princípio este reforçado no *caput* do artigo 169 da NLLC.

Evidentemente que nem todas as representações ensejam urgência, tampouco contém os requisitos autorizantes para concessão de medidas cautelares. No entanto, quando for o caso, o artigo 159, incisos V, VI, e VII do RITCU²⁵⁸ determina que as denúncias ou representações que indiquem ocorrência de fato grave e que eventualmente possuam pedido cautelar ou que seu retardamento possa representar significativo danos ao erário, devam ser apreciadas com urgência e, por esta razão, terão tramitação preferencial. Neste contexto, a Portaria-SEGEXEX nº12/016²⁵⁹ que versa sobre orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações, explicita no seu item “1.3, 5” que:

Os processos de denúncia e representação em que devam ser apreciadas medidas cautelares em que constem indícios de irregularidades graves, ou aqueles cujo retardamento possa acarretar significativo dano ao erário, são considerados urgentes e devem ter tramitação preferencial, nos termos do art. 159, incisos V, VI e VII, do Regimento Interno (RI/TCU).

Interessante trazer à baila ainda que, em que pese o silêncio nos diplomas licitatórios, ora estudados, sobre quais seriam os aspectos formais de admissibilidade da representação, o artigo 237 parágrafo único²⁶⁰, determina que se aplicam neste instituto às disposições contidas no 235²⁶¹, ambos do RITCU que dizem respeito, a

²⁵⁸ Art. 159. Consideram-se urgentes, e nessa qualidade terão tramitação preferencial, os documentos e processos referentes a: [...] V – denúncia ou representação que indique a ocorrência de fato grave, a critério do relator; VI – medidas cautelares; VII – caso em que o retardamento possa representar significativo dano ao erário [...]. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021).

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGEXEX nº 12, de 27 de junho de 2016. Aprova orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações e revoga normativos. Manual de Denúncias e Representações. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/%22NORMA-1965%22>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 4.

²⁶⁰ Art. 237. Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas da União (...) parágrafo único. Aplicam-se às representações os dispositivos constantes do § 1º e da segunda parte do § 2º do art. 234, do *caput* e do parágrafo único do art. 235 e dos arts. 250 a 252. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023).

²⁶¹ Art. 235. A denúncia sobre matéria de competência do Tribunal de- verá referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada. Parágrafo único. O relator ou o Tribunal não conhecerá de

representação sobre matéria de competência do TCU que devem obedecer os seguintes requisitos, sob pena de não conhecimento: a) referir-se a administrador ou responsável sujeito à jurisdição do TCU, b) ser redigida de forma clara e objetiva; c) conter a qualificação completa do denunciante ou representante e d) estar acompanhada dos indícios concernentes à irregularidade ou ilegalidade cometida.

Sobre a sua esfera competência para apreciação de matérias, ante a vastidão do ordenamento, o TCU firmou alguns entendimentos em um rol extenso, mas não taxativo, de quais não seriam assuntos sujeitos à sua apreciação²⁶².

A título de elucidativo, pode-se extrair o entendimento do Acórdão TCU 332/2016²⁶³ que em linhas resumidas, entendeu que não se inclui nas competências do TCU, os litígios pertinentes aos contratos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros, desde que seus reflexos não atinjam o patrimônio público ou ao erário, nos quais os particulares o manejam pura e simplesmente para a salvaguarda de seus direitos e interesses particulares subjetivos.

Ainda no campo das licitações, não caberia, segundo o entendimento do Acórdão TCU nº 584/2013²⁶⁴, análise e julgamento dos documentos apresentados

denúncia que não observe os requisitos e formalidades prescritos no caput, devendo o respectivo processo ser arquivado após comunicação ao denunciante (Ibidem).

²⁶² Para estudo aprofundado sobre estas competências negativas, veja: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGCEX nº 12, de 27 de junho de 2016. Aprova orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações e revoga normativos. Manual de Denúncias e Representações. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/%22NORMA-1965%22>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 7-8.

²⁶³ ACÓRDÃO Nº 332/2016 - TCU - Plenário Considerando ser pacífico o entendimento de que não se inclui entre as competências constitucionais do TCU a solução de controvérsias instaladas no âmbito de contratos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros ou a prolação de provimentos jurisdicionais, reclamados por particulares, para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo se, de forma reflexa, estes litígios atingirem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário; Considerando, finalmente, que não foi constatada ou demonstrada qualquer irregularidade ou vício que maculasse o certame, cuja ausência do fumus boni iuris conduz à impossibilidade de adoção de medida cautelar. Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, arts. 17, inciso IV; 143, inciso III; 235 c/c o art. 237, parágrafo único, e art. 237, todos do Regimento Interno/TCU, em conhecer da presente representação, por preencher os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, considerá-la improcedente, indeferir por consequência a medida cautelar pleiteada, e em dar ciência desta deliberação à unidade jurisdicionada e à representante, com cópia da instrução (peça 2), promovendo-se, ao final, o arquivamento, de acordo com os pareceres emitidos nos autos: 1. Processo TC-001.665/2016-2 (REPRESENTAÇÃO) 1.1. Órgão/Entidade: Fundação Oswaldo Cruz 1.2. Relator: Ministro Bruno Dantas 1.3. Representante do Ministério Público: não atuou 1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (SECEX-RJ). 1.5. Representação legal: não há. 1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há. (TCU - RP: 00166520162, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 24/02/2016, Plenário).

²⁶⁴ REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EXIGÊNCIA DESARRAZOADA E NÃO PREVISTA EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de

pelos licitantes para fins da manutenção de sua habilitação ou não, sendo papel da Corte de Contas somente o exame da legalidade e da regularidade do ato perpetrado:

[...] não cabe a esta Corte de Contas apreciar os documentos apresentados pelas licitantes, emitindo juízo acerca da sua habilitação ou não no certame, atuando em clara substituição ao pregoeiro. Compete-lhe, sim, apreciar a legalidade e a regularidade do certame, na forma autorizada pelo § 1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/1993, sendo que, na hipótese de ter sido verificada qualquer ilegalidade ou irregularidade, competirá a este Tribunal assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consoante disposto no inciso IX do artigo 71 da Constituição Federal.

Deste julgado, extrai-se uma importante limitação de atuação do Tribunal de Contas da União, ou seja, ao se deparar com uma ilegalidade ou irregularidade, não cabe a Corte de Contas avocar para si a função do agente responsável pelas decisões da Administração Pública no certame, mas sim analisar se o ato praticado está em conformidade com ordenamento. Estando de acordo com os ditames constitucionais e licitatórios, o TCU nada pode fazer, haja vista que não possui a incumbência constitucional de ser ente revisor dos atos e decisões da Administração Pública.

Por sua vez, caso não esteja na mais escorreita legalidade, deve assinalar prazo para que seja sanado o eventual desatendimento normativo, determinando à Administração Pública, se for o caso, que adote as medidas necessárias para anulação do ato.

Uma vez preenchidos os requisitos de legitimidade e admissibilidade, as unidades técnicas promoverão a avaliação da representação formulada, nos termos do roteiro constante no item "I.12.25" da Portaria-SEGEX nº 12/016, o qual pela importância, o colacionamos abaixo:

No caso de representação formulada com base no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, hipótese em que não é cabível fazer o exame sumário, a unidade técnica realizará o exame técnico e proporá ao relator, no que couber: I - Conhecer da denúncia ou representação; II - A adoção de medidas preliminares ou outras providências necessárias para sanear os autos, quando não houver delegação de competência, nos termos do art. 157 do RI/TCU; III - A adoção ou indeferimento de medidas cautelares, assim como as oitivas pertinentes, nos termos dos arts. 22, 23 e 27 da Resolução – TCU

comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado." (Súmula nº 263 do TCU). 2. Ilegalidade do ato que inabilitou a representante, tendo em vista o descumprimento do edital e da orientação contida na Súmula nº 263 desta Corte. 3. Representação julgada parcialmente procedente. (TCU 00653520135, Relator: Benjamin Zymler, Data de Julgamento: 20/03/2013).

259/2014; IV - O mérito, quando o estado do processo assim o permitir, ou seja, quando não houver necessidade de apuração posterior²⁶⁵.

Ademais, importante reforçar que além das disposições do artigo 159 do RITCU já vistas, o artigo 21 da Resolução TCU nº 259 de 2014²⁶⁶ determina que quando houver pedido cautelar, o TCU deve conferir tratamento prioritário, na medida que determina que “as unidades técnicas e os gabinetes deverão dar tratamento prioritário aos processos nos quais deva ser apreciada a adoção ou manutenção de medida cautelar”.

Em sua análise, a unidade técnica para fins de instrução do feito, possui o mister de subsidiar tecnicamente e fundamentar junto ao relator a concessão ou não da medida liminar, levando-se em consideração, sob a ótica do interesse público, a probabilidade do direito, o risco da demora e também o perigo da demora inversa, conforme determina o artigo 22 da Resolução nº 259/2014:

Art. 22. A manifestação da unidade técnica quanto à adoção ou não de medida cautelar deve ser encaminhada diretamente ao relator, no prazo máximo de cinco dias úteis após o recebimento do pedido pela unidade. Parágrafo único. Na manifestação de que trata o caput deste artigo, a unidade técnica incluirá, necessariamente, análise conclusiva sobre a presença ou não dos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora, sob a ótica exclusiva do interesse público, bem assim esclarecerá sobre a incidência de eventual perigo da demora inverso²⁶⁷.

De relevo notar que a redação de ambos os diplomas licitatórios, objeto de estudo, autorizam o manejo da representação com fundamento na existência de quaisquer “irregularidades”.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECX nº 12, de 27 de junho de 2016. Aprova orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações e revoga normativos. Manual de Denúncias e Representações. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/%22NORMA-1965%22>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 11.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 259, de 07 de maio de 2014. Estabelece procedimentos para constituição, organização e tramitação de processos e documentos relativos à área de controle externo. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-120268%22>. Acesso em: 21 abr. 2023.

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução - TCU nº 259, de 7 de maio de 2014. Estabelece procedimentos para constituição, organização e tramitação de processos e documentos relativos à área de controle externo. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A153D422DA0153E2B8F20D5B59>. Acesso em:

Desta forma, resta cediço, que ao menos em tese, qualquer desatendimento aos comandos licitatórios, tem o condão de fundamentar e legitimar a utilização desta ferramenta jurídica.

Contudo, quando se versa acerca de suspensão cautelar de um procedimento licitatório, a robustez e seriedade que deve ser adotada à luz, inclusive, dos critérios suso referidos, para concessão ou não desta medida interventiva devem ser muito bem analisadas, mesmo no exíguo tempo para formulação da cognição sumária.

Com ânimo de guiar não só as unidades técnicas, como também os próprios julgadores, o TCU elencou no item “I.11.22.2” da Portaria-SEGECX nº 12/016²⁶⁸ não só o conceito de plausibilidade jurídica, como também exemplificou algumas situações que este enquadramento possa ocorrer, *in verbis*:

A plausibilidade jurídica é a probabilidade de existência de grave infração à norma de natureza financeira, orçamentária, patrimonial, contábil ou operacional, incluindo o dano ao Erário, em matéria de competência do Tribunal de Contas da União, a exemplo de: I - Restrição à competitividade do certame licitatório; II - Dano à lisura do procedimento licitatório; III - Ato ilegítimo ou antieconômico.

Pela leitura acurada, há plausibilidade jurídica a sustentar a concessão de liminar quando presentes grave infração na aplicação das normas no que tange à fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, contábil ou operacional, previstos no artigo 70 da CF/88, citando, como exemplo, obviamente não exauriente, o cerceamento de competitividade, a deturpação do procedimento licitatório, entre outros.

Com o mesmo mister, conceituou também no item “I.11.22.3” da Portaria-SEGECX nº 12/016 o significado e alcance do perigo da demora para fins de compreensão no âmbito do TCU, *in verbis*:

O perigo da demora corresponde ao risco de ineficácia da decisão de mérito do Tribunal, considerando o fim público a que ela deve atender, e não à possibilidade de que a decisão de mérito não seja útil ao interessado, denunciante ou representante. 22.4. A título de exemplo: I - O Tribunal considerou configurado o perigo da demora nas seguintes situações fáticas: a. Iminência de celebração de contrato decorrente de certame licitatório questionado junto ao Tribunal (TC-007.626/2015-0 – Despacho do Ministro-Relator Marcos Bemquerer Costa de 17/4/2015 – peça 48); b. Iminência de

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECX nº 12, de 27 de junho de 2016. Aprova orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações e revoga normativos. Manual de Denúncias e Representações. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/%22NORMA-1965%22>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 9.

abertura de envelopes de preços e consequente contratação advinda de licitação contendo restrição indevida à participação dos licitantes (Acórdão 2337/2007 – TCU-Plenário)²⁶⁹.

De revelo consignar neste ponto que o risco ou perigo da demora, deve ser analisado e considerado sob o viés do interesse público a que ele se destina, e não aos anseios do representante para defender suas posições particulares.

No mais, pelos efeitos eventualmente negativos que a decisão de suspensão cautelar de um processo licitatório pode causar na Administração Pública, inclusive, ensejando contratações emergenciais, valioso também trazer à baila o entendimento da TCU sobre o perigo da demora reverso materializado nos itens “I.11.25 e 26” da Portaria-SEGECEX nº 12/016:

O perigo da demora reverso corresponde à possibilidade de a adoção da medida cautelar causar dano irreparável (irreversibilidade dos efeitos da medida) ao patrimônio público, à administração pública e ao funcionamento dos serviços públicos, ou, ainda, prejuízo superior àquele que se pretende evitar. A título de exemplo, o Tribunal considerou configurado o perigo da demora reverso nas seguintes situações fáticas, o que ensejou a denegação ou suspensão da medida cautelar: (...) II - Suspensão do pregão questionado junto ao Tribunal implicaria a manutenção de contratação emergencial em curso, resultando em custo adicional para a administração pública (Acórdão 4706/2014 – TCU-1ª. Câmara)²⁷⁰.

Apresentada a ritualística procedimental e conceitual junto ao TCU, sob a ótica das licitações, verifica-se que na prática que a Corte de Contas tem utilizado os requisitos da plausibilidade do direito, do perigo da demora e da inexistência de perigo da demora reverso para concessão ou não das medidas cautelares de suspensão de

²⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-SEGECEX nº 12, de 27 de junho de 2016. Aprova orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações e revoga normativos. Manual de Denúncias e Representações. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/%22NORMA-1965%22>. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 9.

²⁷⁰ Ibidem.

licitação. A título de exemplos, veja-se: os Acórdãos TCU nº 1096/2023²⁷¹, nº 2631/2022²⁷² e 1514/2022²⁷³.

Adicionalmente, em sede de análise do Relatório de Gestão do TCU 2022²⁷⁴, se extrai dados estáticos da atuação da Corte de Contas referentes aos anos de 2018, 2019, 2020, 2021 e 2022 no que tange à adoção de medidas cautelares, que nas palavras do próprio Tribunal de Contas União são adotadas nas seguintes situações:

Em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Plenário do Tribunal ou os ministros relatores podem, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado até que o TCU decida sobre o mérito da questão suscitada. A adoção dessas medidas não necessariamente gera impacto econômico imediato, mas visa, sobretudo, ao resguardo tempestivo da legalidade e da moralidade na aplicação dos recursos públicos federais²⁷⁵.

Dentre o rol apresentado de medidas cautelares concedidas no período supracitado, verifica-se que o relatório aponta, especificamente, a adoção de medida cautelar de suspensão de licitação com os seguintes quantitativos²⁷⁶, *in verbis*:

²⁷¹ Representação de licitante. Sebrae/rs. Pregão eletrônico 10/2023. Participação em licitação como me/epp sem ostentar tal condição. Índícios de fraude. Não aceitação de atestado de capacidade técnica de licitante que comprovaria a prestação de serviços pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação. Princípio do formalismo moderado. Consumação da fumaça do bom direito e do perigo da demora. Ausência de perigo reverso. Medida cautelar. Oitiva. Comunicações. Confirmação pelo plenário. (TCU - RP: 10962023, Relator: Benjamin Zymler, Data de Julgamento: 31/05/2023).

²⁷² Representação. Pregão eletrônico para registro de preço. Convênio celebrado com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Exigências restritivas à competitividade do pregão. Configuração da fumaça do bom direito. Perigo da demora. Ausência de perigo reverso. Despacho do relator determinando medida cautelar sem oitiva prévia. Oitivas. Referendo de cautelar. (TCU - RP: 26312022, Relator: Benjamin Zymler, Data de Julgamento: 30/11/2022).

²⁷³ Representação. Concorrência n.º 1/2022. Índícios de restrição à competitividade na licitação, além da ausência de motivação para a contratação e de comprovação da economicidade na eventual contratação. Deferimento da cautelar suspensiva. Presença dos pressupostos para a concessão da referida cautelar. Conhecimento. Referendo à suspensão cautelar já deferida pelo ministro-relator. Prosseguimento do feito. (TCU - RP: 15142022, Relator: André de Carvalho, Data de Julgamento: 29/06/2022).

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão 2022. Brasília: TCU, 2023. Disponível em:

https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/F4/00/0A/12B9781046756058F18818A8/00_Relatorio_anual_de_atividades_TCU%202022.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

²⁷⁵ Ibidem, p. 127.

²⁷⁶ Tabela 23 - Medidas cautelares concedidas no período de 2018 a 2022 (Quantitativo e valores envolvidos) (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão 2022. Brasília: TCU, 2023. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/F4/00/0A/12B9781046756058F18818A8/00_Relatorio_anual_de_atividades_TCU%202022.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023, p. 127.

Tabela 23 - Medidas cautelares concedidas no período de 2018 a 2022 (Quantitativo e valores envolvidos)

| TIPO DE MEDIDA | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|-------------------------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|-------------|
| Suspensão de contratos | 14 | 22 | 8 | 12 | 3 |
| Suspensão de Licitação | 58 | 36 | 51 | 51 | 34 |
| Suspensão de repasse/ pagamentos | 10 | 4 | 14 | 8 | 14 |
| Outras | 11 | 4 | 15 | 11 | 8 |
| Total de cautelares no ano | 113 | 83 | 88 | 82 | 59 |
| Valor (R\$ bilhões) | 66,076 | 12,842 | 12,991 | 93,311 | 4,88 |

Pela análise dos dados, verifica-se que o TCU concedeu medidas cautelares de suspensão de licitação nos seguintes números: 58 (cinquenta e oito) no ano de 2018, 36 (trinta e seis) no ano 2019, 51 (cinquenta e um) no anos de 2020 e 2021 e 34 (trinta e quatro) no ano de 2022.

Ainda em sede de pesquisa de dados estatísticos, imperioso consignar que foram efetuadas licitações com contratação efetivamente realizadas no âmbito da União, conforme relatório da Controladoria Geral da União (CGU)²⁷⁷, nos seguintes quantitativos: 152.712 (cento e cinquenta e dois mil setecentos e doze) no ano de 2018, 146.313 (cento e quarenta e seis mil trezentos e treze) no ano de 2019, 131.821 (cento e trinta e um mil oitocentos e vinte e um) no ano de 2020, 19.131 (dezenove mil cento e trinta e um) no ano de 2021 e 20.855 (vinte mil e oitocentos e cinquenta e cinco) no ano de 2022.

Desta feita, pode-se levantar a hipótese²⁷⁸ que quando cotejado o volume de certames licitatórios e o número de suspensão cautelares de procedimentos

²⁷⁷ Os quantitativos de licitações com contratações realizadas que abrangem as avenças efetivas por meio de licitação, dispensa ou inexigibilidade, referentes aos anos de 2018 a 2022 foram obtidas junto ao sítio eletrônico do Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União. (BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Licitações com contratação realizadas: anos de 2018, 2019, 2020, 2021 e 2022. Portal da Transparência. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes>. Acesso em: 12 jun. 2023).

²⁷⁸ A expressão hipótese utilizada diz respeito a se tentar traçar um paralelo entre os números objetivos de suspensões cautelares de licitações determinadas pelo TCU e o volume de processos licitatórios manejados nos respectivos períodos pela União, o que “pode” significar um maior rigor para concessão destas medidas, como também existirem “outros” fatores para explicar o fenômeno, cujo estudo obviamente fugiria dos limites da presente pesquisa, configurando, neste ponto, apenas um ponto de reflexão empírico.

licitatórios, parece que o TCU tem sido de fato cauteloso e criterioso para adoção de tais medidas, principalmente, pelo risco da demora inverso, que em certas situações pode causar mais lesão ao Erário, com eventuais contratações emergenciais, em casos por exemplo, de fornecimento e prestação de serviços contínuos, do que benefícios.

Feitas estas considerações, sobre o instituto da representação, antes de adentrar aos novos desfechos trazidos pela NLLC, passa-se a tratar sobre o segundo instituto de controle denominado exame prévio ou preventivo de edital contido no artigo 113, parágrafo 2º da Lei 8.866/1993, o qual, pela importância repisa-se:

§ 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 órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas²⁷⁹.

De plano, verifica-se que o instituto do exame prévio de edital (art. 113 §2º) realizado pelo Tribunal de Contas, não se confunde com o da representação (art. 113 §1º) já abordado, na medida em que o primeiro é realizado *ex officio* pela Corte de Contas, quanto o segundo é feito mediante representação do interessado à Corte de Contas. Neste sentido, Gina Copola explica que:

O §1º do dispositivo cuida da possibilidade de propositura de representação – o que pode ser formulado por qualquer pessoa física ou jurídica, seja licitante ou não – para questionar eventuais irregularidades em licitações e contratos. E, por fim, o §2º cuida do exame prévio de edital pelos Tribunais de Contas, que, inclusive, podem proferir medida liminar suspensiva do certame, conforme tem ocorrido na prática com certa frequência²⁸⁰.

Desta feita, este instituto do exame prévio autoriza e reforça a competência constitucional do Tribunal de Contas em realizar seus atos de controle, podendo requisitar, repise-se, *ex officio*, cópia do edital de licitação já publicado, o qual, caso esteja maculado com vícios de irregularidade ou ilegalidade, podendo adotar,

²⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

²⁸⁰ COPOLA, Gina. Recursos Administrativos, Disposições Finais e Transitórias. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2016, 489-506, p. 498-499.

inclusive, medida cautelar suspensiva, que ensejará na observância da Administração Pública realizar as medidas corretivas que eventualmente forem determinadas.

Neste sentido, reforça-se que o instituto do exame prévio de edital, não se confunde com o controle ou registro prévio, explicitado no capítulo 3 deste trabalho, haja vista que a Administração Pública não necessita de autorização, validação ou chancela do Tribunal de Contas da União para deflagrar e finalizar suas contratações públicas. Na mesma linha, afirma Diego Uehbe Lima que:

Tal atribuição representa um delineamento a competência prevista, em termos amplos, no art. 71, IX, CF/1988. Trata-se de controle concomitante ao procedimento ao procedimento licitatório e prévio a sua conclusão ou à realização da despesa. Não pode ser confundido, no entanto, com o modelo de registro prévio e compulsório dos contratos administrativos, abandonado já no regime anterior à CF/1988 [...]²⁸¹.

Interessante frisar que a NLLC não possui artigo correspondente ao inteiro teor do art. 113, §2º do antigo diploma, o que de plano não obsta, evidentemente, que o Tribunal de Contas da União, no bojo de suas competências constitucionais, continue realizando suas ações de controle.

Esta suposta ausência de previsão análoga ou expressa trouxe alguns debates na literatura especializada, em especial, em que fase do processo licitatório de fato cabe a intervenção do Tribunal de Contas. Diga-se fase porque, em regra, de forma genérica, o processo licitatório possui uma fase interna que correspondem a todos os atos preparatórios até a elaboração do edital e uma fase externa que se inicia com a divulgação do instrumento convocatório até sua eventual homologação²⁸².

Se o exame prévio previsto no regime anterior, aponta que o Tribunal de Contas só estava autorizado a solicitar cópia do edital já publicado, o que significa dizer que sua intervenção, neste ponto, só se iniciaria na fase externa. O artigo 171, parágrafo 1º da NLLC, só reforça, entre outros comandos, o poder do Tribunal de Contas de suspender cautelarmente o processo licitatório em caso de irregularidades, sem dizer, no entanto, em que fase isso pode ou deva ocorrer.

²⁸¹ LIMA, Diogo Uehbe. Competências Cautelares do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 133.

²⁸² A NLLC em seu artigo 17 explicitou que processo licitatório possui, em regra, sete fases: preparatória; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; de julgamento, de habilitação, recursal e de homologação.

Aos que reconhecem que a nova redação amplia a intervenção em qualquer fase do processo, tem-se, a título de exemplo, o posicionamento de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Erick Halpern que afirmam:

No contexto da Lei 8.666/1993, o art. 113, §2º, permitia o controle da fase externa da licitação pelos Tribunais de Contas, com a possibilidade de solicitação de cópias dos editais de licitação já publicados, bem como prescrevessem medidas corretivas aos órgãos licitantes. A nova Lei de licitações, em sua literalidade, parece expandir significativamente essa prerrogativa do Tribunal de Contas, de modo a reconhecer expressamente a sua atribuição para suspender cautelarmente qualquer fase do procedimento licitatório, o que incluiria a sua fase preparatória ou interna (art. 171, §1º da Lei 14.133/2021)²⁸³.

Em posição contrária, ou seja, pela impossibilidade de intervenção cautelar na fase interna do processo licitatório, Diego Uehbe Lima afirma que:

A esse respeito, entendemos que nada obsta que o TCU requisite e a Administração efetivamente compartilhe informações e documentos relativos a procedimentos licitatórios ainda que em fase interna, antes da publicação de editais – e a esse respeito o TCU também não está proibido de expedir recomendações. O que é vedado pela Constituição é a prática de atos de comando, por parte da Corte de Contas, especialmente medidas de natureza cautelar nesse momento incipiente da licitação [...]²⁸⁴.

No mais, se discute ainda na literatura especializada, se admitida a atuação do controle preventivo do Tribunal de Contas (art. 169, caput) nas contratações públicas aliado ao reconhecimento do poder geral cautela, no espectro das licitações, previsto no artigo 171, parágrafo 1º, ambos da NLLC, quais seriam as consequências deste controle. Há quem defenda que a possibilidade de intervenção na fase interna caracterizaria uma espécie de ingerência do Tribunal de Contas ao Poder Executivo no que tange à gestão das licitações.

Neste sentido, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Erick Halpern asseveram que:

Essa singela modificação pode acarretar um inegável retrocesso no planejamento e na gestão das licitações, uma vez que a expansão ilimitada do controle prévio pelas Cortes de Contas asfixiaria a atribuição conferida

²⁸³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). Zênite Fácil, Curitiba, 2021, p. 5.

²⁸⁴ LIMA, Diogo Uehbe. Competências Cautelares do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2022, 137.

pelo texto constitucional ao Poder Executivo para realização das contratações públicas [...] ²⁸⁵.

De outra banda, há quem defenda que o controle preventivo, concomitante a execução dos atos praticados, possam fortalecer a consecução lícita das licitações e demais atos dela decorrentes. Nesse caminho, defende Christianne de Carvalho de Stroppa que:

[...] o interessante está no controle feito antes da atuação administrativa. Em outras palavras, antes da publicação do ato ou, em alguns casos, antes que ele irradie todos os seus efeitos. Portanto, tem-se por controle preventivo aquele com vistas em garantir a lisura do ato ou contrato administrativo tanto pela legitimidade quanto pela economicidade e operacionalidade, para que se evite, dessa forma, desvios de finalidade e danos ao erário ²⁸⁶.

Aliás, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes chega a sugerir que os instrumentos convocatórios, em ordem inversa, deveriam ser remetidos, *ex officio*, pela Administração Pública às Cortes de Contas para análise preventiva de seus ditames que:

Tanto os editais de concurso como os de licitação podem ser examinados pelos Tribunais de Contas previamente à realização do certame, durante a seleção, ou até após. Fosse a Administração Pública composta de agentes devotados ao interesse público, certamente essa providência seria requerida às Cortes de Contas, efetivando o controle prévio das normas que regerão um conjunto de atos. Podem os Tribunais de Contas examinar editais e ainda ordenar os accertamentos necessários à efetivação do princípio da legalidade ²⁸⁷.

Em que pese as lições apresentadas sobre o novo diploma licitatório, mister se faz anotar que sob a égide do artigo 113, §2º da Lei nº 8.666/1993, o próprio TCU já manifestou no Acórdão 1230/2020 ²⁸⁸ - Plenário sobre impossibilidade de suspensão

²⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). Zênite Fácil, Curitiba, 2021, p. 5.

²⁸⁶ STROPPIA, Christianne de Carvalho. O papel dos Órgãos de Controle nas Contratações Públicas. Campo de Públicas: Conexões e Experiências, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 76-88, jul. 2022, p. 82.

²⁸⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 265.

²⁸⁸ ACÓRDÃO Nº 1230/2020 - TCU - Plenário Considerando se tratar de representação a respeito de possíveis irregularidades na fase interna de licitação conduzida pela Caixa Econômica Federal (Caixa), cujo objeto é a contratação de empresa especializada para fornecimento de atualização e suporte on-site para a solução de segurança McAfee Complete Endpoint Threat Protection; Considerando que os indícios de irregularidade apontados pela representante se referem à fase interna de licitação, inexistindo edital publicado até o momento da confecção do parecer pela unidade instrutora, conforme pesquisa realizada no portal de licitações da Caixa em 7/5/2020; Considerando que não cabe a esta Corte de Contas deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada, pois a minuta não consubstancia ato administrativo e eventual análise extrapolaria o conjunto de competências conferido a esta Corte de Contas (Acórdãos 597/2008 e 726/2008, ambos do Plenário do TCU); Considerando, finalmente, a inexistência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*; Os

cautelar de certames ainda não publicados, em especial, na apreciação de minutas de edital que nas palavras do relator “não consubstancia ato administrativo e eventual análise extrapolaria o conjunto de competências conferido a esta Corte de Contas”.

Ainda sob o manto do antigo diploma, Eduardo Jordão defende a impossibilidade do TCU para eventualmente intervir em processos licitatórios, cujos instrumentos convocatórios não foram publicados, asseverando que:

O TCU não detém poderes para intervir de forma autoritativa numa minuta de edital ainda não publicada. As competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um “poder geral de cautela”. Na ausência de poderes que permitam ao TCU emitir determinações ao administrador público antes da publicação de um edital de licitação, a única atuação que lhe cabe neste momento é opinativa. Como se adiantou acima, este tipo de atuação independe de qualquer previsão constitucional específica [...] ²⁸⁹.

Diante dos posicionamentos concatenados acima, repisa-se o entendimento já avançado no subcapítulo 3.3 de que o Tribunal de Contas da União, principalmente, à luz do que dispõe o artigo 71, incisos IX, X, §§ 1º e 2º, possuem a competência necessária para intervir no processo licitatório, independente da fase, em caso de manifesta ilegalidade.

Ademais, o artigo 41, inciso I, alínea “b” da LOTCU²⁹⁰ prevê expressamente que para garantir a eficácia do controle e dos atos fiscalização o TCU deverá acompanhar pelo Diário Oficial da União ou por outros métodos que seu regimento interno venha a prever, os editais de licitação.

Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 143, inciso V, alínea a; 237, e o art. 235 do Regimento Interno/TCU, em não conhecer da representação, por não preencher os requisitos de admissibilidade pertinentes, arquivar e em dar ciência deste acórdão ao representante, acompanhada de cópia da instrução (peça 18), de acordo com os pareceres emitidos nos autos. 1. Processo TC-018.519/2020-2 (REPRESENTAÇÃO). (TCU - RP: 01851920202, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 20/05/2020, Plenário).

²⁸⁹ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 47, n. 12, p. 209-230, out. 2014, p. 229.

²⁹⁰ Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial: I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno: [...] b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei; [...] (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

Da mesma forma, o artigo 242, inciso I, alínea “b” do RITCU²⁹¹ reforça e explicita que o TCU acompanhará de forma seletiva e em sede de controle concomitante através não só de publicação nos órgãos oficiais, como também de consultas em sistemas informatizados os editais de licitação.

Ademais, necessário que mesmo na égide do antigo diploma licitatório, o instituto da representação (art. 113, §1º) não indicava expressamente em que momento o licitante ou particular pudesse levar suas insurgências quanto às ilegalidades que tomara conhecimento sobre o descumprimento da lei junto ao Tribunal de Contas.

No mais, a interpretação sistêmica do artigo 169 e do artigo 171, ambos NLLC não fazem quaisquer menções em que o momento ou fase o controle do processo licitatório deva ser exercido, o que, por óbvio, deve ser interpretado da forma mais garantista ao interesse público e ao poder diligente do TCU, qual seja: o controle preventivo. Neste sentido, Christianne de Carvalho de Stroppa²⁹² afirma que “o controle preventivo voltou a constar no bojo dessas atribuições, permitindo uma atuação mais incisiva por parte da Corte de Contas em frente a administração pública”.

Importante ainda versar, como já adiantado anteriormente, que o artigo 171, parágrafo 1º da NLLC fixou prazo de 25 (vinte cinco) dias úteis, prorrogáveis por único período, para se manifestar definitivamente sobre o mérito da irregularidade, no caso de suspensão cautelar do processo.

Ainda neste mister impôs o ônus ao Tribunal de Contas que deverá manifestamente apontar as causas da ordem de suspensão e no caso em que os objetos do certame paralisado forem essenciais ou se tratar de contratação emergencial deverá ainda dizer o modo como será garantido o interesse público.

Neste tocante, compulsando os autos, não se verifica no novo diploma quaisquer sanções ou implicações destinadas ao Tribunal de Contas caso não cumpra

²⁹¹ Art. 242. As atividades dos órgãos e entidades jurisdicionadas ao Tribunal serão acompanhadas de forma seletiva e concomitante, mediante informações obtidas: I – pela publicação nos órgãos oficiais e mediante consulta a sistemas informatizados adotados pela administração pública federal: [...] b) dos editais de licitação, dos extratos de contratos e de convênios, acordos, ajustes, termos de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como dos atos referidos no art. 259. [...]. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

²⁹² STROPPA, Christianne de Carvalho. O papel dos Órgãos de Controle nas Contratações Públicas. Campo de Públicas: Conexões e Experiências, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 76-88, jul. 2022, p. 83.

o prazo suso referido, havendo posições na literatura especializada de que a cautelar perderia sua eficácia. Nesse sentido, Diego Uehbe Lima afirma que:

Da leitura dos dispositivos acima fica claro, portanto, que, uma vez exaurido no prazo de 25 dias (prorrogável por igual período) sem que tenha havido apreciação do mérito da irregularidade apontada como fundamento da suspensão do certame, tal medida cautelar perde sua eficácia, retomando-se o regular prosseguimento da licitação – sendo vedado ao Tribunal de Contas renovar ou restabelecer o provimento acautelatório sob o mesmo fundamento²⁹³.

Por óbvio, o Tribunal de Contas se sujeita à legalidade e deve cumprir os prazos determinados na lei, apresentando, no caso de impossibilidade, as devidas justificativas, as quais, em *ultima ratio*, ficará a Administração Pública sujeita a procurar a devida tutela jurisdicional junto ao Poder Judiciário para defender sua pretensão.

Não obstante, novamente em uma visão mais garantista ao interesse público, caso o TCU não cumpra o prazo para exarar sua decisão final de mérito, salvo determinação do Poder Judiciário, os efeitos da suspensão cautelar devem ser mantidos, ainda após o escoamento do prazo, ante ausência de permissivo legal neste sentido.

Por sua vez, o artigo 171 §2º da NLLC fixou prazo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis, para que Administração Pública informe as medidas que eventualmente adotou para cumprimento da decisão, prestar as informações solicitadas e se for o caso as medidas quanto a apuração de responsabilidade.

Neste ponto, diferentemente da ausência de ônus do Tribunal de Contas quanto ao respeito do prazo para prolatar sua decisão, o artigo 171 §4º determina que o silêncio da administração ensejará na apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário, se for o caso.

Quanto aos prazos ainda de resposta do Tribunal de Contas, encontram-se na literatura posições no sentido de que foram fixados como espécie de “freio” nas concessões de cautelares sem a devida análise. Ao encontro deste entendimento, Diego Uehbe Lima afirma que:

O regramento tem o nítido propósito de desestimular a banalização da suspensão cautelar de procedimentos licitatórios, reservando essa medida

²⁹³ LIMA, Diogo Uehbe. Competências Cautelares do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2022, 135.

para hipóteses verdadeiramente graves, cuja ilegalidade seja flagrante e não demande instrução aprofundada, com exame de matérias de maior complexidade²⁹⁴.

Há também quem entenda que a fixação de prazo funcionaria contra o fenômeno de exacerbação de controle, conforme ressalta Christianne de Carvalho de Stroppa:

[...] a preocupação efetiva com a atuação do controle na Lei nº 14.133/2021, a ponto, aliás, de disciplinar o rito processual, bem como o prazo para concessão de cautelares pelos Tribunais de Contas, se pauta pela cultura do “medo” de eventuais excessos de controle²⁹⁵.

Quanto a questão dos prazos entabulados tanto para o Tribunal de Contas (artigo 171, §1º), quanto para Administração Pública (artigo 171, §2) ambos na NLLC, uma vez que é vedada a de aplicação combinada das referidas legislações e a exigência de observância da Lei nº 8.666/1993 aos processos licitatórios e contratos administrativos sob sua regência, até que findem os prazos máximos contratuais, deverá o Tribunal de Contas da União e por conseguinte as Cortes de Contas Estaduais e Municipais observar a existência de dois procedimentos diferentes, de acordo com a respectiva legislação geral licitações e contratos públicos aplicável ao caso em concreto.

Por fim, como se tem observado da análise da nova lei, o legislador expressamente se preocupou em fixar prazos para Administração Pública, para os particulares e para o próprio Tribunal de Contas, o que de plano, atende não só interesse público no sentido de que os processos licitatórios tenham uma duração razoável, como também ao princípios licitatórios da eficiência e da segurança jurídica, previstos no art. 5º da NLLC, o que pode ensejar o melhor aparelhamento estatal em todas as esferas de Poder para o cumprimento deste mister, acarretando significativo aprimoramento do controle das licitações.

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ STROPPIA, Christianne de Carvalho. O papel dos Órgãos de Controle nas Contratações Públicas. Campo de Públicas: Conexões e Experiências, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 76-88, jul. 2022, p. 84.

4.4 Observância dos corolários do devido processo legal e controle externo do Tribunal de Contas da União

A temática da observância ao devido processo legal, bem como ao contraditório e ampla defesa, inclusive, proporcionando todos os meios necessários para o exercício destas prerrogativas a todos litigantes seja no processo judicial e ou no administrativo, conforme preceituam respectivamente os incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º da Constituição Federal, é matéria inafastável do Estado Democrático de Direito, não podendo, em regra, ser mitigado, tampouco afastado. Neste sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello que:

[...] a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais²⁹⁶.

Importante repisar que os incisos suso referidos aplicam-se expressamente ao Tribunal de Contas da União, conforme já abordado no capítulo 3 deste trabalho, o Tribunal de Contas União em que pese seu importantíssimo papel, não só no auxílio ao Poder Legislativo, mas também no exercício autônomo do controle e de suas prerrogativas que lhes são próprias, não está imune aos mandamentos constitucionais no que se refere à observância garantista do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88). Neste diapasão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes explica que:

[...] o Tribunal de Contas, quando no exercício de atividade jurisdicional, deve observar o rito processual definido em lei, de tal modo que os envolvidos na relação processual saibam, previamente, qual é o ato seguinte. Não há, pois, surpresas em relação aos atos processuais, nem julgamento sem observância das garantias constitucionais. É em função deste princípio, por exemplo, que a parte sabe que está sendo processada, quando será ouvida, quando deverá produzir provas e quais os meios de prova admitidos, quando será julgada, quando e como poderá recorrer e quando torna-se definitiva a decisão²⁹⁷.

²⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 101.

²⁹⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 589.

Importante frisar que no âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei Federal 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê no seu artigo 2º a necessidade de observância, entre outros princípios, o da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica, os quais estão todos intrinsecamente ligados aos direitos dos administrados.

Aliás, em relação aos administrados, imperioso consignar que os incisos VIII, IX e X do referido artigo²⁹⁸, versam sobre diversas garantias de observância cogente nos processos administrativos, entre eles, a garantia de obediência das formalidades essenciais, garantias do direito à comunicação, produção de provas, interposição de recursos e respeito aos demais direitos, todos em favor do administrado.

Dentro do espectro deste trabalho, conforme tecido em linhas anteriores, o processo licitatório em regra envolve de um lado a Administração Pública promotora do certame, do outro lado as empresas licitantes (particulares que possuem interesse em contratar com a administração) e nesta relação ainda podemos ter a intervenção *ex officio* ou mediante provação do Tribunal de Contas da União.

Neste ponto, é imperioso esclarecer que o TCU não é parte no processo administrativo licitatório deflagrado pela Administração Pública, tampouco a Administração depende da chancela da Corte de Contas para condução, validação e conclusão do desiderato, haja vista que, como já tratado, o controle na Constituição Federal, desde 1967, como regra, é posterior.

Desta feita, ao exercer sua função de controle, independente da forma em que se deu a iniciativa, é autuado o competente processo administrativo, no âmbito do TCU que pode ser denominado como processo de contas²⁹⁹, processo de contas

²⁹⁸ Art. 2º [...] § Único [...] VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (BRASIL. Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

²⁹⁹ “Processo de contas - processo de controle externo destinado a avaliar e julgar o desempenho e a conformidade da gestão das pessoas abrangidas pelos incisos I, III, IV, V e VI do Art. 5º da Lei 8.443/92, isto é, qualquer pessoa, órgão ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos, com base em documentos, informações e demonstrativos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, obtidos direta ou indiretamente (IN-TCU 63/2010, Art. 1º, I)”.

extraordinárias³⁰⁰, processo de contas ordinárias³⁰¹, processo de representação e/ou denúncia³⁰², entre outras nomeações, nos quais, em regra, figuram de um lado o ente fiscalizador (TCU) e o ente fiscalizado (Administração Pública) e, a depender do caso, o terceiro interessado que, no espectro desta pesquisa, dar-se-á relevância a figura do licitante (particular interessado em contratar com administração).

Como já posto, as ações de controle exercidas pelo TCU podem, por exemplo, acarretar na suspensão cautelar do processo licitatório (subcapítulo 4.3) ou até ensejar na determinação dirigida à Administração Pública para que anule ou revogue o certame, bem como aplique a respectiva sanção a autoridade que deu causa à ilegalidade (subcapítulo 4.5).

Evidentemente, que entre o início do controle e decisão final de mérito, existe uma marcha processual a ser cumprida, de observância cogente, que não deve, ou ao menos não deveria, ser integrada somente pela Administração Pública e a Corte Contas, haja vista que o licitante tem interesse jurídico ou a depender do estágio em que o processo se encontra (vide item 4.1.2) possui direito subjetivo à contratação que eventualmente tenha se sagrado vencedor.

Nesta esteira, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ao versar sobre a pluralidade de funções exercidas pelo TCU e a questão do princípio do contraditório adverte que:

Desafio relevante consiste em avaliar como os direitos decorrentes desse princípio afetam os diversos tipos de processos que estão submetidos ao plexo de competências dos Tribunais de Contas. O tema desafia a inteligência porque exige profundo conhecimento da natureza de diversas

³⁰⁰ “Processo de contas extraordinárias - processo de contas constituído por ocasião da extinção, liquidação, dissolução, transformação, fusão, incorporação ou desestatização de unidades jurisdicionadas (IN-TCU 63/2010, Art. 1º, IV)”.

³⁰¹ “Processo de contas ordinárias - processo de contas referente a um exercício financeiro determinado (IN TCU 63/2010, Art. 1º, III)”.

³⁰² “A denúncia formal deve tratar sobre matéria de competência do TCU, referir-se a administrador ou responsável sujeito à fiscalização pelo TCU, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço e estar acompanhada de indício relacionado à irregularidade ou ilegalidade denunciada. A denúncia será apurada em caráter sigiloso, até decisão definitiva da matéria. (Regimento Interno do TCU, arts. 235/236). A denúncia, portanto, será sempre apreciada pelo Tribunal, após a análise, quando preenchidos todos os requisitos necessários exigidos para autuação de processo. A denúncia formal (artigo 53, da Lei 8.443/1992) poderá ser apresentada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, de modo a denunciar ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União - TCU. Uma representação se difere da denúncia em alguns aspectos. Um deles é que a apuração de representações pelo TCU, em regra, não preserva o sigilo do representante. Na denúncia, caso solicitado, preserva-se a identidade do denunciante”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação e denúncia. Recurso online. Disponível em:

funções que essas Cortes exercem e como, quando e em favor de quem devem ser concretizados tais princípios³⁰³.

Saindo do campo da literatura especializada e adentrando no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a temática em comento, encontra-se a Súmula Vinculante nº 3, publicada em 06/06/2007 que determina:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão³⁰⁴.

Em sede de análise de seu conteúdo, numa primeira interpretação pode-se levar ao entendimento de que nos processos em trâmite no TCU devem ser assegurados o contraditório e ampla defesa quanto do exercício do controle puder ensejar a anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, que dentro do recorte temático do controle de licitações, significaria dizer que eventual determinação para anulação de procedimento licitatório ou determinado ato, autorizaria, em tese, a oportunização da licitante a exercer suas prerrogativas constitucionais de defesa.

No entanto, esta questão não é pacífica no STF, na medida que há entendimentos, como o caso Mandado de Segurança nº 35.739 MC-ED³⁰⁵ em que se

³⁰³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 591.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Súmula nº 3, publicada em 06/06/2007. Disponível em: [³⁰⁵ \[...\] a Súmula Vinculante 3 tem como objetivo resguardar os princípios do contraditório e a ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União sempre que, de sua decisão, puder resultar anulação ou revogação de ato que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Entretanto, não se infere daquele enunciado sumular interpretação que garanta ao terceiro eventualmente prejudicado pela decisão da Corte de Contas a possibilidade ser considerado como parte no procedimento administrativo, uma vez que, como evidenciam as disposições do Regimento Interno do TCU acerca da fiscalização de atos e contratos, tal procedimento fiscalizatório dá-se entre o órgão fiscalizador e a entidade fiscalizada, sendo suficiente para garantir o contraditório a previsão do art. 250, V, do RITCU, que assim dispõe: “Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: \[...\] V – determinará a oitiva da entidade fiscalizada e do terceiro interessado para, no prazo de quinze dias, manifestarem-se sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor.” \[...\] Sendo assim, como também posto na decisão embargada, não se evidencia, *prima facie*, qualquer afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em conta que a embargante foi notificada para apresentar manifestação, nos termos do art. 250, V, do RITCU, mantendo-se, entretanto, inerte. \(STF - MC MS: 35739 DF - DISTRITO FEDERAL 0071864-82.2018.1.00.0000, Relator: Min. Edson Fachin, Data de Julgamento: 05/06/2018, Data de Publicação: DJe-112 07/06/2018\).](https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1191#:~:text=A%20S%C3%BAmula%20Vinculante%203%20do,Tribunal%20de%20Contas%20da%20Uni%C3%A3o.Acesso em: 19 mai. 2023.</p></div><div data-bbox=)

firmou a tese de que eventual terceiro prejudicado pela decisão do TCU não pode ser considerado como parte no processo, o qual é composto apenas pelo TCU (entidade fiscalizadora) e pela Administração Pública (entidade fiscalizada). Na motivação da decisão, assevera STF que:

[...] na hipótese de a atuação de instituições fiscalizatórias envolver apuração de espectro amplo, voltada à promoção de ajuste da conduta de entes ou órgãos fiscalizados aos ditames legais, sem deliberação imediata sobre situações específicas, não há necessidade de intimação, no âmbito interno do órgão de controle, de cada um dos potenciais interessados nos desdobramentos da decisão administrativa genérica a ser proferida³⁰⁶.

No mesmo caminho, o entendimento exarado do Mandado de Segurança nº 32.492³⁰⁷ do STF firmou entendimento que as deliberações do TCU referentes às fiscalizações exercidas pela Corte de Contas “prescindem de observância aos postulados do contraditório e da ampla defesa, eis que inexistem litigantes”.

No tocante específico ao exercício do contraditório e da ampla defesa, no bojo das fiscalizações em abstrato ou lineares, ou seja, aquelas que são realizadas em determinado órgão de forma abrangente não versando sobre um administrado específico, mas, sim, analisando a legalidade de forma geral de um agrupamento de atos, como por exemplo, no âmbito das licitações, a nomeação de agentes de contratação que não pertençam ao quadro permanente da Administração (artigo 8º da Lei nº 14.133/2021) que poderia, eventualmente, ensejar no refazimento ou anulação de determinados atos administrativos atingindo diversos licitantes em processos diferentes, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se ao julgar o Mandado de Segurança nº 34224/DF que:

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ EMENTA Agravo interno em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Teto constitucional. Procedimento de fiscalização. Ausência de afronta à Súmula Vinculante nº 3 e aos postulados do contraditório e da ampla defesa. Verbas indenizatórias a serem excluídas do abate-teto. Horas extraordinárias não caracterizadas. Acumulação de funções. Subserviência ao teto remuneratório. Agravo interno não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as deliberações do Tribunal de Contas da União, em sede de procedimento fiscalizatório, prescindem de observância aos postulados do contraditório e da ampla defesa, eis que inexistem litigantes. Ausência de precedentes. 2. Não caracterizada contraprestação por serviços prestados extraordinariamente, não há falar em verbas indenizatórias a serem excluídas do cálculo para efeitos de teto constitucional. 3. A acumulação de função comissionada com vencimento de cargo efetivo no âmbito de um mesmo órgão público deve estar em conformidade com o teto constitucional, consoante dispõe o art. 37, inciso XI, da Carta Magna. Precedentes. 4. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 5. Agravo interno não provido. STF - AgR MS: 32492 DF - DISTRITO FEDERAL 9993004-67.2013.1.00.0000, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 17/11/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-276 01-12-2017).

[...] Considerada a natureza dos processos de representação conduzidos pelo Tribunal de Contas da União, surge imprópria a alegação de ofensa ao devido processo legal por parte de terceiros reflexamente prejudicados. Nessa espécie de atuação administrativa, a relação processual envolve apenas o órgão fiscalizador e o fiscalizado, mostrando-se prescindível a participação dos interessados na manutenção do quadro jurídico objeto do controle. O contraditório deve ser garantido pelo Órgão de origem, a quem cabe o cumprimento da determinação do Tribunal de Contas. [...] A razão é simples: em processos de controle abstrato, não há exame de ato específico do qual decorra efeito favorável ao administrado, no que a repercussão sobre eventual direito individual é apenas indireta³⁰⁸.

Neste caso, a orientação do STF que o exercício do contraditório deva ser concedido no processo administrativo da Administração Pública a quem, segundo a corte, compete o cumprimento da determinação do TCU.

Não se pode deixar de consignar ainda que, em sede de análise das disposições contidas no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), verifica-se, especificamente, no artigo 250, inciso V, que ao apreciar o processo relativo à fiscalização de “atos e contratos” o relator ou o Tribunal deve determinar não só a oitiva da entidade fiscalizada (Administração Pública), como também do terceiro interessado para manifestarem sobre os fatos que podem fulminar com o ato ou processo licitatório, ou seja, ainda que minimamente o terceiro interessado possui legitimidade de ser ter suas razões e motivos apreciados, veja-se:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

[...]

V – determinará a oitiva da entidade fiscalizada e do terceiro interessado para, no prazo de quinze dias, manifestarem se sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo

De outra banda, como já adiantado, não é pacífica a jurisprudência no STF, a título de exemplos, na contramão das orientações suso referidas, no bojo do Mandado

³⁰⁸ CONTRADITÓRIO. TRIBUNAL DE CONTAS. CONTROLE EXTERNO. INEXIGIBILIDADE. O contraditório pressupõe a existência de litigantes ou acusados, o que não ocorre quando o Tribunal de Contas atua no campo da fiscalização de órgãos e entes administrativos. CONTROLE ABSTRATO. DECADÊNCIA. INADEQUAÇÃO. O disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 não se aplica a processos de controle abstrato, em que não há exame de ato específico do qual decorra efeito favorável ao administrado. (MS 34224, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 15/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 24-11-2017 PUBLIC 27-11-2017). (STF - MS: 34224 DF - DISTRITO FEDERAL 4001192-49.2016.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 15/08/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-268 27-11-2017).

de Segurança nº MS 35715 DF³⁰⁹, inclinou-se no sentido de que o Tribunal de Contas da União deve observar o devido processo legal, visando assegurar o contraditório e a ampla defesa, disponibilizando acesso aos documentos que embasaram suas decisões, em sede de natureza cautelar, inclusive para o exercício do próprio controle da decisão.

Na mesma esteira, o Mandado de Segurança nº 23.550³¹⁰ posicionou-se sobre a necessidade de observância do TCU na concessão de contraditório e de ampla defesa à empresa ganhadora do certame, enfatizando que:

[...] processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

³⁰⁹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATO DO TCU QUE INDEFERIU ACESSO A DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O exercício da prerrogativa do TCU relacionada com a competência constitucional implícita para garantir o cumprimento de suas atribuições, conforme o art. 71 da Constituição Federal, encontra-se delimitada por outros valores constitucionais, em especial, o do devido processo legal, que deixou de ser observado no presente caso. 2. Nessa linha de consideração, o poder geral de cautela não exime o TCU de observar o contraditório e a ampla defesa, disponibilizando os documentos levados em consideração para a concessão da medida restritiva, sob pena de tornar, inclusive, a decisão imune a controle. 3. Mandado de Segurança em que se concede a ordem. (STF - MS: 35715 DF 0070934-64.2018.1.00.0000, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/08/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 25/11/2021).

³¹⁰ Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão. (STF - MS: 23550 DF, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 04/04/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENTA VOL-02050-3 PP-00534).

Diante dos julgados apontados, parece ser a solução que mais se adequa ao espírito constitucional garantista, aquela que confere ao terceiro interessado, ainda que em fiscalização tida como linear, os corolários do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, não sendo aceitável que estas prerrogativas, à luz do que foi exposto, sejam concedidas somente no processo administrativo junto a entidade fiscalizada, haja vista que uma vez compelida a Administração Pública a eventualmente anular determinado ato por determinação do TCU, não terá o particular, em regra, trânsito prático para que suas razões sejam consideradas, tratando-se, na verdade, suas insurgências combativas de mera formalidade, ensejando, em *ultima ratio*, adoção de medidas cabíveis pelo interessado junto ao Poder Judiciário.

Não se pode deixar de consignar que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³¹¹ afirma que os limites fiscalizatórios do Tribunal de Contas, entre outros, encontram-se justamente no acatamento ao devido processo legal, na observância da ampla defesa e do contraditório.

Logo, se de um lado o controle externo dos gastos públicos, em todos seus espectros, é um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, respeitar e aplicar as normas previstas no ordenamento para que as entidades fiscalizadas e eventuais terceiros também possam, em defesa de seus direitos, aduzirem não só formalmente as matérias que entenderem de direito, como também terem suas razões levadas apreciadas materialmente, dentro de uma ritualística processual positivada, também se revela um importante pilar para o Estado Brasileiro.

Por fim, é cediço que o controle é necessário, mas a pretexto de realizá-lo não se pode ultrapassar os limites da legalidade, em um verdadeiro “vale tudo” em defesa do Erário para apuração de eventual cometimento ato ilegal.

4.5 Autotutela administrativa e o controle do Tribunal de Contas e a aplicação de sanções na matéria de licitações

Em linhas anteriores, em especial, no capítulo 2, foram tecidas algumas considerações iniciais sobre o instituto da autotutela administrativa, ou seja, o dever-poder de que Administração Pública possui em anular seus próprios atos quando

³¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, v. 36, n. 142, p. 167-189, 1999.

eivados de ilegalidade ou revogá-los quando se tornarem inoportunos ou inconvenientes à luz da consecução do interesse público.

Neste contexto, foram apresentados o inteiro teor das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, bem como a positivação infralegal, dentro do espectro deste trabalho, quanto aos institutos da revogação e da anulação contida no artigo 49 da Lei nº 8.666/1993 (antiga lei de licitações), bem como no artigo 71, incisos I e II da Lei nº 14.133/2021 (novo diploma licitatório).

Em geral, as normativas invocadas permitem a Administração Pública de ofício ou mediante provocação, em sede de autotutela, no exercício de seu controle interno, observando o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, rever seus próprios atos, seja para anulá-los ou revogá-los.

Da mesma forma, no capítulo 3, foi abordada a questão do instituto da sustação pelo Tribunal de Contas da União que não confunde com o da anulação, tampouco da revogação, bem como sua diferente procedimentalização quando versar sobre atos e contratos.

Ainda neste caminho, foi apresentado que o Tribunal de Contas da União exerce jurisdição administrativa³¹², haja vista que a função jurisdicional em nosso sistema constitucional é de monopólio do Poder Judiciário.

Outrossim, fora abordado neste capítulo, a competência expressa do Tribunal de Contas da União em determinar a suspensão cautelar dos processos licitatórios quando eivados de irregularidades ou ilegalidades.

Pois bem! A questão que se discute agora é se o TCU teria competência para anular ou revogar diretamente, por força de seus atos de comando, um processo licitatório?

À luz do conceito de autotutela administrativa (anulação e revogação), inclusive, pelos dispositivos e súmulas já expostos, a resposta é negativa. Isto porque o Tribunal de Contas da União, na qualidade de órgão fiscalizador de controle externo, não integra à estrutura da Administração Pública fiscalizada, razão pela qual o exercício da autotutela repise-se o dever-poder de anular os atos eivados de vícios de ilegalidade ou revogar os que se tornaram inconvenientes e inoportunos à luz do interesse público, trata-se, neste âmbito, mister exclusivo da própria Administração Pública.

³¹² MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Neste diapasão, não possuindo o TCU função jurisdicional, resta à Corte de Contas “determinar” que a Administração Pública promova a anulação da licitação maculada. Observe-se que não se trata de uma decisão direta de anulação do certame, como ocorre, por exemplo, no exercício do controle jurisdicional do Poder Judiciário que possui a prerrogativa de fazê-lo, inclusive, com caráter de definitividade e de observância cogente pela Administração Pública.

No que tange ao instituto da revogação, por se tratar de um juízo de mérito da Administração Pública sobre a conveniência e oportunidade, por exemplo, de manter ou não determinado certame, o TCU não detém a competência de fazer esta análise valorativa, restando apenas, se for o caso, à determinação para que a Administração promova à anulação.

Evidentemente, por sua vez, que o instituto da revogação, sob os contornos da legalidade de sua edição, também está sujeito ao controle judicial de titularidade do Poder Judiciário.

Neste sentido, repisemos o entendimento do Supremo Tribunal de Federal, ao julgar o MS nº 23.550-1/DF³¹³

[...] I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou [...].

Desta feita, na hipótese de negativa da Administração Pública, em cumprir no prazo assinalado a determinação posta (art. 71, IX, CF), deve o Tribunal de Contas valer-se, do instituto da sustação e adotar a ritualística descrita, a depender se tratar-se de atos (art. 71, X, CF) e ou de contratos (art. 71, parágrafos 1º e 2º, CF), além da observância das normatizações contidas no artigo 45 do LOTCU e artigo 251 da RITCU, todos já abordados no subcapítulo 3.3 deste trabalho.

Importante frisar, que caso a Administração Pública não concorde com a decisão do Tribunal de Contas da União, deverá buscar a devida tutela jurisdicional junto ao Poder Judiciário. Neste sentido, assevera Eduardo Jordão que:

Mesmo após a publicação do edital, o TCU não tem poderes para anulá-lo. Se entender que há vícios de legalidade, legitimidade e economicidade,

³¹³ STF - MS: 23550 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 04/04/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534.

poderá apenas sustar o edital e suspender a licitação. Eventual irresignação do administrador público como esta orientação da Corte de Contas deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário³¹⁴.

De outra banda, imperioso consignar que o desatendimento das determinações do TCU por força normativa do artigo 71, inciso VIII da Constituição Federal sujeita a Administração Pública a aplicação de “sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

Importante frisar que o constituinte reservou à lei infraconstitucional a disciplina sobre o rol de sanções aplicáveis em caso de desatendimento das determinações do TCU. Sobre a temática explica Luiz Henrique Lima que:

As sanções aplicadas pelas Cortes de Contas possuem fundamento na Constituição (CF: art. 71, VIII) e em diversas leis. Não se pode aplicar sanções sem a devida previsão legal. Não pode o Regimento Interno ou outras normas infralegais estabelecerem novas modalidades de sanções ou alterarem a gradação das punições³¹⁵.

Debruçando-se sobre a LOTCU, verifica-se, no já estudado artigo 45, que verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o TCU assinará prazo para adoção de providencias, como por exemplo, dentro da temática estudada, a correção ou anulação de determinada licitação, cujo não atendimento, entre outras medidas, ensejará aplicação da multa prevista no artigo 58, inciso II deste diploma, pela importância, *in verbis*:

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. § 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não

³¹⁴ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 47, n. 12, p. 209-230, out. 2014, p. 229.

³¹⁵ LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992705/>. Acesso em: 21 mar. 2023, p. 400.

efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato³¹⁶.

Pela análise do referido artigo, verifica que o descumprimento das determinações do TCU enseja a aplicação da multa prevista no artigo 58, inciso II da LOTCU, o qual pela relevância, repisamos:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; [...]³¹⁷

Importante frisar que o parágrafo 2º³¹⁸ informa que o valor da multa constante no caput do artigo suso referido será atualizado periodicamente mediante Portaria do TCU, que no exercício de 2023, perfaz o importe máximo de R\$ 79.004,53 (setenta e nove mil, quatro reais e cinquenta e três centavos)³¹⁹.

Da mesma forma, tanto o caput do artigo 58, quanto no seu o parágrafo 3º³²⁰ delegam respectivamente ao Regimento Interno do TCU a procedimentalização da aplicação da sanção, como também quanto a gradação da multa em relação da gravidade cometida pelo responsável da Administração Pública.

Por sua vez, o RITCU disciplina no artigo 251³²¹ que verificada a ilegalidade e conseqüentemente o desatendimento da determinação, será aplicada multa

³¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

³¹⁷ Ibidem.

³¹⁸ Art. 58 (...) § 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União (Ibidem).

³¹⁹ BRASIL. TCU. Portaria TCU nº 36, de 30 de janeiro de 2023. Atualiza o valor máximo da multa a que se refere o art. 58 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/portaria%2520%2520E%2520art%252058/%2520/score%2520desc/3>. Acesso em: 20 jun. 2023.

³²⁰ Art. 58 [...] § 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração (BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023).

³²¹ Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1º e 2º do artigo anterior. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I – sustará a execução do ato impugnado; II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III – aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista

pecuniária ao responsável da Administração Pública prevista no artigo 268, inciso VII do regimento que prevê:

Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte graduação: (...) VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;

Desta forma, o descumprimento da decisão da Corte de Contas, enseja aos responsáveis por sua inobservância, salvo motivo justificado, o valor compreendido entre 5% a 50% sobre o valor constante no *caput*, o qual como já apresentado, por força da Portaria TCU nº 36/2023 tem como valor base o importe de R\$ 79.004,53 (setenta e nove mil, quatro reais e cinquenta e três centavos).

Importante frisar que as medidas sancionatórias não se direcionam à Administração Pública, na qualidade de pessoa jurídica, mas, sim, aos responsáveis pelo descumprimento da decisão. Neste sentido, assevera Eduardo Jordão que:

As competências sancionatórias também servem à proteção da legalidade, da legitimidade e da economicidade da atuação administrativa, na medida em que geram incentivos a que o administrador público não adote medidas violadoras destes princípios ou as retire, quando elas tiverem já sido adotadas [...] ³²².

Mister consignar ainda que em que pese o TCU possua a capacidade de aplicar as referidas sanções pecuniárias, as quais, por força do artigo 71, 3º, da CF, possuem eficácia de título executivo, não possui o TCU competência para executá-las diretamente.

no inciso VII do art. 268. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência prevista no inciso III do parágrafo anterior e comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. § 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato. § 4º Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal: I – determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; II – comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023).

³²² JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 47, n. 12, p. 209-230, out. 2014, p. 215.

Por fim, sem prejuízo da penalidade suso referida, há previsão no artigo 270 do RITCU³²³ que a depender da gravidade da infração cometida, assim considerada pela maioria absoluta dos membros do TCU, poderá o responsável ficar “inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992”.

³²³ Art. 270. Sem prejuízo das sanções previstas nos arts. 267 e 268 e das penalidades administrativas aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992. § 1º. O Tribunal deliberará primeiramente sobre a gravidade da infração. § 2º. Se considerada grave a infração, por maioria absoluta de seus membros, o Tribunal decidirá sobre o período de inabilitação a que ficará sujeito o responsável. § 3º. Aplicada a sanção referida no caput, o Tribunal comunicará a decisão ao responsável e à autoridade competente para cumprimento dessa medida (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão deste trabalho, sem qualquer pretensão de ter exaurido todas as nuances sobre o controle e atividade fiscalizatória do Tribunal de Contas da União, em face da Administração Pública, à luz tanto da Lei nº 8.666/1993, como da Lei nº 14.133/2021, chegam-se as seguintes considerações:

1 – O controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da Administração Pública é indissociável de uma República Federativa, como a brasileira, ainda mais uma que possui em sua Carta jurídico-política a inafastável busca de objetivos como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e diminuindo as desigualdades sociais e regionais.

2 – Para a consecução do interesse público, condição inarredável do exercício de função administrativa, restou patente a imprescindibilidade de múltiplos mecanismos de controles da Administração Pública, como o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União e demais Cortes de Contas Estaduais e Municipais, em observância da simetria constitucional.

3 – Ainda no âmbito constitucional, constata-se que o constituinte originário, na Carta Magna de 1988, elencou competências para o mister deste controle, os quais se destacam a possibilidade de assinar prazo para que a Administração Pública adote providências necessárias para o cumprimento da lei, como também a possibilidade de sustar atos e ainda contratos, desde que, no caso das avenças, seja respeitada a ritualística constitucional cumulada com os ditames do LOTCU e do RITCU que em *ultima ratio*, ante o silêncio da Administração Pública e do Congresso Nacional, respeitadas as posições divergentes, deve o Tribunal de Contas da União decidir à respeito sobre a sustação ou não do contrato maculado.

4 – Verifica-se, ainda, que tais dispositivos em que pese não se destinem somente às licitações públicas, tem fundamental aplicação nos certames, sendo, inclusive, institutos utilizados pelo TCU no caso do descumprimento ou recusa da Administração Pública em acatar seus atos de comando.

5 – Na esfera da legislação infraconstitucional a respeito das leis gerais de licitação estudadas, verifica-se, ao menos no aspecto do controle dos certames, quando do cotejo entre o antigo, porém ainda vigente diploma licitatório (Lei nº 8.666/1993) e atual novel de licitações (Lei nº 14.133/2021) a ampliação do controle

social, elevando a possibilidade de qualquer pessoa formular impugnações e pedidos de esclarecimentos, fixando-se ainda prazos para que Administração responda a estes reclamos.

6 – Aliás, neste caminho, o novo diploma fixa prazos tanto para o Tribunal de Contas se manifestar definitivamente sobre o mérito em caso de suspensão cautelar do processo licitatório, quanto também para Administração Pública se manifestar. Também reforçou o legislador a intenção de tornar o exercício do controle mais célere, previsível e eficiente, visando à segurança jurídica tanto ao ente fiscalizador, quando ao ente fiscalizado e demais licitantes e interessados no certame.

7 - Não obstante, novamente em uma visão mais garantista ao interesse público, caso o TCU não cumpra o prazo legal para exarar sua decisão final de mérito, salvo por determinação do Poder Judiciário, os efeitos da suspensão cautelar devem ser mantidos, ainda após o escoamento do prazo, ante ausência de permissivo legal neste sentido.

8 – Inova-se ainda no bojo do novo diploma, respeitada as opiniões divergentes, que o Tribunal de Contas da União pode suspender cautelarmente não só procedimento licitatório quando seu edital já estiver publicado (fase externa), como também exercer, em caso de irregularidade ou ilegalidade, este controle ainda quando o procedimento se encontrar na fase preparatória (interna).

9 – Constata-se ainda que o próprio Tribunal de Contas da União fixou critérios objetivos para concessão de medida cautelar de suspensão de licitação: plausabilidade do direito, perigo da demora e perigo da demora inversa.

10 – No bojo de sua organização interna verifica-se que o Tribunal de Contas da União, diante do seu poder regulamentar, desenvolveu um arcabouço técnico especializado não só para aprimoramento de seus instrumentos de fiscalização, como também técnicas e critérios de auditorias, inclusive de aplicação internacional, para o aprimoramento do controle.

11– Neste contexto, verifica-se que o legislador na NLLC validou a metodologia de controle do Tribunal de Contas da União, ao positivar alguns destes critérios e técnicas, no campo infraconstitucional, os quais passaram a ser de observância para os demais Tribunais de Contas da Federação e ainda aos controles internos da Administração Pública (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), o que reforça a intenção do Congresso Nacional em promover uma espécie de unificação dos procedimentos de controle.

12 – Tendo em vista a ausência de identidade entre as disposições normativas do controle externo a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União constantes na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021, acrescido da impossibilidade de aplicação combinada das referidas legislações e exigência de observância da Lei nº 8.666/1993 aos processos licitatórios e contratos administrativos sob sua regência, até que findem os prazos máximos contratuais, deverá o Tribunal de Contas da União e por conseguinte as Cortes de Contas Estaduais e Municipais observar a existência de dois procedimentos diferentes, de acordo com a respectiva legislação geral licitações e contratos públicos aplicável ao caso em concreto.

13 – Em que pese o mister do exercício do controle seja imprescindível para o melhor trato com o Erário, em uma visão garantista e em observância ao Estado Democrático de Direito, deve-se sempre observar os corolários do devido processo legal, contraditório e ampla defesa tanto nos procedimentos que tramitam junto à Administração Pública, quanto aos que estão em andamento na Corte de Contas da União, garantindo-se, inclusive, que os licitantes envolvidos possam não só opor formalmente suas insurgências, como também que suas razões sejam apreciadas.

14 – No mais restou demonstrado que o dever-poder de autotutela de anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade ou revogá-los quando inoportunos ou inconvenientes ao interesse público é prerrogativa exclusiva da Administração Pública em sede de seu respectivo controle interno, não podendo o Tribunal de Contas da União, por não possuir jurisdição judicial, promover diretamente a anulação de atos e contratos.

15 – No entanto, o Tribunal de Contas da União, em sede de controle externo, pode determinar e assinalar prazo para que a Administração Pública anule determinado ato ou contrato reputado como ilegal e caso não haja atendimento pela Administração Pública, deve adotar, quando for o caso, os procedimentos de sustação já explicitados anteriormente.

16 – Por fim, para fazer cumprir suas decisões, o modelo constitucional autoriza aplicação de multa aos responsáveis pelo não atendimento das determinações do Tribunal de Contas da União e a depender da gravidade do ato cometido a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal pelo período de cinco a oito anos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. A competência subsidiária dos tribunais de contas para a sustação de contratos públicos antijurídicos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 975, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. **Função controlada do Tribunal de Contas**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, São Paulo, v. 7, n. 24, p. 451-458, 2023. Disponível em: <https://www.rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/563>. Acesso em: 28 maio. 2023.

BARBOSA, Rui. Exposição de Motivos. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, 1970. <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/52/62>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 203, p. 131-140, 1996. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46695>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BEZNOS, Clovis. A LINDB – Alterações. *In*: HIJA, Alberto Shinji; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. (Coord.) **Temas atuais de direito público: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai**. 1ª. ed. Paraná: Thoth, 2017, 255-268.

BRASIL. **Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890**. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 nov. 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1946. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 21 abr. 2023

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm#view. Acesso em:

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula 177, publicada em 26/10/1982**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula*/VIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 nov. 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86impresao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Federal 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União,

Brasília, DF, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.520, 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011**. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 2023. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITC_U.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula 272, publicada em 02/05/2012**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*%2FVIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/21/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula 283, publicada em 26/06/2013**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/sumula/*%2FVIGENTE%253A%2522true%2522%2520%2520COPIAAREA%253A%2522Licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%2522DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMEROINT%2520asc/25/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 19 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução-TCU nº 259, de 07 de maio de 2014**. Estabelece procedimentos para constituição, organização e tramitação de processos e documentos relativos à área de controle externo. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-120268%22>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria-SEGECEX nº 12, de 27 de junho de 2016**. Aprova orientações para autuação, instrução e exame de denúncias e representações e revoga normativos. Manual de Denúncias e Representações. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/norma/%22NORMA-1965%22>. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria-SEGECEX Nº 27, de 24 de outubro de 2017**. Atualiza o documento “Glossário de Termos do Controle Externo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25EC59C0F015F58F31F6504A6>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria-SEGECEX Nº 9, de 18 de maio de 2017**. Aprova o documento “Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos”. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/69/10/AC/EA/4623C5105A76E0C52A2818A8/BTC_U_ESPECIAL_18_de_22_05_2017%20-%20Roteiro%20de%20Auditoria%20de%20Gest%C3%A3o%20de%20Riscos.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Licitações com contratação realizadas: anos de 2018, 2019, 2020, 2021 e 2022**. Portal da Transparência. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução-TCU nº 309, de 13 de fevereiro de 2019**. Dispõe sobre o sistema de planejamento e gestão do Tribunal de Contas da União. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo*/TIPO:%22Resolu%C3%A7%C3%A3o%22%20NUMATO:308%20NUMA NOATO:2019/DTRELEVANCIA%20desc,NUMATO%20desc/0. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução-TCU nº 315/2020, de 22 de abril de 2020**. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-2783%22>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União**. – 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU)**. Boletim do Tribunal de Contas da União especial - Ano. 37, n. 24, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTC_U_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Certificado de Auditoria de 2022.** Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/apex_util.get_blob?s=109103766503729&a=706946&c=7612135420735652885&p=1&k1=7734&k2=&ck=0z9n-7XDnJK66drP7kQ9DUnWMM8&rt=CR. Acesso em: 28 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Gestão 2022.** Brasília: TCU, 2023. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/F4/00/0A/12B9781046756058F18818A8/00_Relatorio_anual_de_atividades_TCU%202022.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Gestão do TCU 2022.** Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/apex_util.get_blob?s=109103766503729&a=706946&c=7612135420735652885&p=1&k1=7695&k2=&ck=LXZD8uqXTLOS4OePvzXH7zWpZJE&rt=CR. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023.** Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.167%2C%20DE%2031%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202023&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,4%20de%20agosto%20de%202021. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Representação e denúncia. Recurso online.** Disponível em: <https://representacaov2.apps.tcu.gov.br/denuncie#:~:text=Representa%C3%A7%C3%A3o%20e%20den%C3%BAncia,-A%20den%C3%BAncia%20formal&text=Uma%20representa%C3%A7%C3%A3o%20se%20difere%20da,se%20a%20identidade%20do%20denunciante>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas.** Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

CABRAL, Flávio Garcia. **O Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988.** São Paulo: Verbatim, 2014.

_____. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 1, p. 237-284, 2020.

_____. **O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU)**. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. São Paulo, ano 5, n. 16, p. 215-257, 2021.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação dos tribunais de contas em face da separação de poderes do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 31/2000, p. 57-73. São Paulo: RT, 2000.

CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COPOLA, Gina. Recursos Administrativos, Disposições Finais e Transitórias. *In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2016, p. 489-506.

CRUZ, Carlos Eduardo Rodrigues. **Sistema de controle interno integrado da União: necessidade ou simples obrigatoriedade?** 2009. 123 f. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Auditoria Interna e Controle Governamental., Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2010.

DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/controle/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 167-189, abr. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496874/RIL142.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2023.

_____. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins) 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

_____; MOTTA, Fabrício. Controle das Contracções Públicas. *In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133, 1º de abril de 2021*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 259-274.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Greco, Marco Aurélio. São Paulo: RT, 1997.

GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

JAPUR, José Paulo Dorneles. **Formalismo das Licitações Públicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2016.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitações não publicados: controlador ou administrador? **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, v. 47, n. 12, p. 209-230, 2014. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19207/A_intervencao_d_o_TCU_sobre_editais_de_li.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 mar. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – LEI 14.133/2021**, 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

HARB, Karina Houat. **Motivação do ato administrativo: instrumento de garantia dos administrados**. 249f. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica – Núcleo de Direito, São Paulo, 2001.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da administração pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LIMA, Diogo Uehbe. **Competências Cautelares do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992705/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MUKAI, Toshio. **O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos: comentários ao Decreto-lei n. 2.300, de 21-11-1986, com alterações dos Decretos-leis n. 2.348, de 24-7-1987, e 2.360, de 16-9-1987**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NASCIMENTO, Leandro Maciel. A nova lei geral de licitações e os tribunais de contas brasileiros: notas sobre as inovações e os aperfeiçoamentos no controle das contratações públicas. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 105-133, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/195282>. Acesso em: 26 mar. 2023.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/>. Acesso em: 17 mai. 2023.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de; VIANA, Ismar dos Santos. O papel dos Tribunais de Contas no Controle das contratações públicas: dos aspectos estruturais aos procedimentais. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 112-145, 2023. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/853/609>. Acesso em 22 jun. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). **Zênite Fácil**, Curitiba, p. 1-11, maio 2021. Disponível em: <https://www.zenitefacil.com.br/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (org.). **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. (Coord.) **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133**, 1º de abril de 2021. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

RODRIGUES, Edgard Camargo. **Nova Lei de Licitações e controle externo: avanço ou retrocesso?** São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-nova-lei-licitacoes-e-controle-externo-avanco-ou-retrocesso>. Acesso em: 11 jun. 2023.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A Lei nº 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos tribunais de contas em prol da administração pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 162-181, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/7895/pdf>. Acesso em: 26 mar. 2023.

ROSILHO, Andre Janjacom. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARAI, Leandro; CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. O controle das contratações públicas na nova lei de licitações: o que há de novo? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 11, n. 3, p. 185-204, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7980/pdf>. Acesso em: 26 mar. 2023.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União ontem e de hoje *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras**. Brasília: TCU; Instituto Serzedello Corrêa, 1999, p. 145-215.

STROPPIA, Christianne de Carvalho. O papel dos Órgãos de Controle nas Contratações Públicas. **Campo de Públicas: Conexões e Experiências**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 76-88, 2022. Disponível em: <https://fjp.mg.gov.br/revista-campo-de-publicas-v-1-n-2-2022/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Rda - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/878>. Acesso em: 26 mar. 2023.

_____. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. *In*: SUNDFELD, Carlos Ary (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, 178-220.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.