



**MESTRADO EM DIREITO, GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**RAMON CALDAS BARBOSA**

**O SISTEMA DE CONTROLE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Salvador/BA

2022

**RAMON CALDAS BARBOSA**

**O SISTEMA DE CONTROLE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Mestrado Profissional em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador - UNIFACS, Laureate International Universities, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador

2022

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da Universidade Salvador  
UNIFACS.

Barbosa, Ramon Caldas

O sistema de controle das licitações e contratos administrativos  
pelos Tribunais de Contas. / Ramon Caldas Barbosa. - Salvador, 2022.

108 f.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação,  
Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade  
Salvador – UNIFACS, como requisito parcial para obtenção do título de  
Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

1. Direito. 2. Licitações. 3. Contratos administrativos. 4. Controle I.  
Pamplona Filho, Rodolfo Mário Veiga, orient. II. Título.

CDD: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

**RAMON CALDAS BARBOSA**

**“O SISTEMA DE CONTROLE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS”.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas, Universidade Salvador - UNIFACS, pela seguinte banca examinadora:

**Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Orientador**

Doutor em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil.  
Universidade Salvador – UNIFACS, Brasil.



**Dr. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas – UNIFACS**

Doutor em Direito Público – Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.  
Universidade Salvador – UNIFACS, Brasil.

MIGUEL CALMON TEIXEIRA DE  
CARVALHO  
DANTAS:77912086572

Assinado de forma digital por MIGUEL  
CALMON TEIXEIRA DE CARVALHO  
Data: 2023.01.23 11:04:44 -0500

**Dr. Geovane de Mori Peixoto - UFBA**

Doutor em Direito Público - Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Universidade Federal da Bahia – UFBA, Brasil.

Geovane De Mori  
Peixoto

Assinado de forma digital por  
Geovane De Mori Peixoto  
Dados: 2023.01.23 12:10:34 -0300

Salvador, 23 de janeiro de 2023.

Dedico esse trabalho a José Estevao dos Santos Barbosa, meu pai, e a Maria Leuza Caldas Barbosa, minha mãe, maiores incentivadores de toda a minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

O mestrado foi um sonho que surgiu ao longo da caminhada profissional. Teve origem na vontade de agregar valor ao meu trabalho enquanto advogado. Neste sentido, tive o apoio de preciosas pessoas nesta jornada, que não foi fácil e ainda foi trilhada no contexto da Pandemia da Covid-19.

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui. Sem Ele, eu nada conseguiria. Obrigado, Jesus! Ao Teu nome a honra e a glória para sempre!

Agradeço ao meu orientador neste mestrado, o Professor Rodolfo Pamplona Filho, que me acolheu no decorrer do curso, apresentou diversos conselhos e sugestões na construção deste trabalho e sempre esteve à disposição.

Ao Professor Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel pelos convites para a escrita de artigos científicos, pelas aulas fantásticas que lecionou no curso do mestrado e pelas valorosas opiniões no desenvolvimento dessa pesquisa.

Ao Professor Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas pelas significativas e importantes considerações que fez a respeito desse tema e pelas maravilhosas aulas que deu ao longo desses meses no mestrado.

Ao Professor Geovane de Mori Peixoto por aceitar compor a banca de avaliação deste trabalho, pelas importantes observações que apresentou na banca de qualificação, e por ter sido fonte de inspiração na pesquisa acadêmica, especialmente pela qualidade e relevância da tese de Doutorado que escreveu.

Além disso, tenho como orgulho, e como privilégio, o fato de ter sido aluno, ainda na graduação em Direito da Unifacs, dos 3 (três) Professores que compuseram a banca de avaliação deste trabalho, o que evidencia o tamanho e a qualidade desses profissionais.

De igual modo, sou grato aos meus pais, José Estevão dos Santos Barbosa e Maria Leuza Caldas Barbosa pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida e ao meu irmão Thiago Caldas Barbosa.

À Alice, por todo amor incondicional em todos os momentos e por ter sido grande incentivadora na construção deste trabalho.

À Universidade Salvador (Unifacs) por ter sido uma instituição fundamental na minha jornada profissional, primeiro na graduação e agora no mestrado.

“A seguir, Jesus se dirigiu aos seus discípulos, dizendo:

— Por isso, digo a vocês: não se preocupem com a sua vida, quanto ao que irão comer, nem com o corpo, quanto ao que irão vestir. Porque a vida é mais do que o alimento, e o corpo, mais do que as roupas. Observem os corvos, que não semeiam, não colhem, não têm despensa nem celeiros; contudo, Deus os sustenta. Vocês valem muito mais do que as aves! Quem de vocês, por mais que se preocupe, pode acrescentar um côvado ao curso da sua vida? Portanto, se não podem fazer nada quanto às coisas mínimas, por que se preocupam com as outras? Observem como crescem os lírios: eles não trabalham, nem fiam. Eu, porém, afirmo a vocês que nem Salomão, em toda a sua glória, se vestiu como qualquer deles. Ora, se Deus veste assim a erva que hoje está no campo e amanhã é lançada no forno, muito mais fará por vocês, homens de pequena fé!”

(Bíblia Sagrada, Lucas 12:22-28)

## RESUMO

Os procedimentos licitatórios e os contratos administrativos possuem significativa importância para a administração pública brasileira. Neste sentido, estes procedimentos estão submetidos ao regramento inerente ao Estado de Direito e são instrumentos de viabilização de políticas públicas. Frente a estas considerações, esse trabalho tem como objetivo específico compreender a atuação das Cortes de Contas do país no exercício da atividade de controle das licitações e contratos administrativos, com foco na Lei nº 14.133/2021, em especial quando os Tribunais de Contas atuam mediante provocação da sociedade pelo uso das Denúncias e Representações administrativas. Para tanto, a metodologia empregada foi a pesquisa exploratória, com a explanação do tema, suscitação do problema e formulação das respectivas análises. Nessa perspectiva, o estudo teve como principal fonte de pesquisa o levantamento bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, com destaque aos julgados administrativos do Tribunal de Contas da União, cumulados com a exibição de exemplos concretos. Por fim, concluiu-se que, na atual conjuntura, se mostra mais vantajoso levar às Cortes de Contas matérias que versem sobre questões de legalidade em licitações e contratos administrativos, dada a especialização dos seus servidores, menor volume processual e melhor estrutura administrativa.

**Palavras-chave:** Licitações; contratos administrativos; controle; Tribunais de Contas.



## **ABSTRACT**

The bidding procedures and administrative contracts are of significant importance for the Brazilian public administration. In this sense, these procedures are subject to the rules inherent in the rule of law and are instruments for the feasibility of public policies. In view of these considerations, this work aims to Specifically, to understand the performance of the country's Courts of Accounts in the exercise of the activity of controlling public tenders and administrative contracts, focusing on Law nº 14.133/2021, in particular when the Courts of Accounts act upon provocation of society through the use of administrative Complaints and Representations. For this purpose, the methodology employed was exploratory research, with an explanation of the theme, raising the problem and formulating the respective analyses. From this perspective, the study had as its main source of research the bibliographic, legislative and jurisprudential survey, with emphasis with emphasis on the administrative judgments of the Federal Court of Auditors, with the exhibition of concrete examples. Finally, it was concluded that, in the current situation, it is more advantageous to bring to the Courts of Accounts matters that deal with legality issues in public tenders and administrative contracts, given the specialization of its servers, smaller procedural volume and better administrative structure.

**Keywords:** Bidding; administrative contracts; control; Courts of Auditors.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
APL	Apelação
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DOU	Diário Oficial da União
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
Min	Ministro
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
REL	Relator
RP	Representação
SS	Suspensão de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TC	Tribunal de Contas
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCM	Tribunal de Contas dos Municípios
TCU	Tribunal de Contas da União
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TRF	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ÀS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS CONEXÕES COM O CONTROLE EXTERNO.....</b>	<b>14</b>
2.1 A ATIVIDADE DE CONTROLE E AS NORMAS JURÍDICAS .....	20
2.2 A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO .....	23
<b>2.2.1 O princípio da legalidade.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.2 O princípio da impessoalidade.....</b>	<b>27</b>
<b>2.2.3 O princípio da moralidade .....</b>	<b>29</b>
<b>2.2.4 O princípio da publicidade .....</b>	<b>30</b>
<b>2.2.5 O princípio da eficiência.....</b>	<b>32</b>
<b>2.2.6 O princípio da vinculação ao instrumento convocatório .....</b>	<b>34</b>
<b>3 LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DE LEGALIDADE .....</b>	<b>37</b>
3.1 OS CUSTOS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A REDISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS NO CONTEXTO DO CONTROLE EXTERNO .....	37
3.2 NÃO EXISTE PROCESSO GRÁTIS .....	39
3.3 REDISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS DOS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ..	43
<b>4 A AUTORIDADE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS.....</b>	<b>52</b>
4.1 O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEI 14.133/2021 SOB O ENFOQUE DAS CORTES DE CONTAS.....	52
4.2 O PODER DE CAUTELA DAS CORTES DE CONTAS E A SUSTAÇÃO DE ATOS DA LICITAÇÃO .....	57
4.3 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM SEDE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	64
<b>5 O SISTEMA DE CONTROLE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....</b>	<b>75</b>
5.1 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DE LEGALIDADE .....	75
5.2 A PROVOCAÇÃO DO JUDICIÁRIO E DAS CORTES DE CONTAS NO CAMPO DAS LICITAÇÕES E SUAS LIGAÇÕES COM O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO .....	78
5.3 A REPRESENTAÇÃO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	83
5.4 OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E SUA FORÇA VINCULANTE NO CONTEXTO DE INTERVENÇÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS .....	85

<b>6 CONCLUSÕES.....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>103</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral avaliar o sistema de controle dos Tribunais de Contas nos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos. Nesse aspecto, o estudo do tema está inserido na linha de pesquisa que envolve Direito, Democracia, Transparência e Avaliação de Políticas Públicas e passa pela compreensão do papel da administração pública e da iniciativa privada para a avaliação do controle de legalidade das licitações e dos contratos decorrentes destes certames.

Por sua vez, o objetivo específico está em compreender a atuação das Cortes de Contas do país no exercício da atividade de controle das licitações e contratos administrativos, com foco na Lei nº 14.133/2021, em especial quando os Tribunais de Contas atuam mediante provocação da sociedade pelo uso das Denúncias e Representações administrativas.

Nesse sentido, está no âmbito da competência dos Tribunais de Contas conhecer das Representações e Denúncias formuladas pela sociedade a respeito dos critérios legais dos gastos da administração pública. Essa atribuição das Cortes de Contas tem a finalidade de promover e viabilizar o controle social das contratações públicas, principalmente para apurar a existência de irregularidades ou ilegalidades nos procedimentos licitatórios.

Por vezes, a atuação dos Tribunais de Contas têm sido alvo de questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do MS 36385/DF, relatado pela Ministra Carmem Lúcia, onde restou suspensa a imposição de multa a servidor que lavrou parecer jurídico em procedimento licitatório que tinha como objeto a aquisição de medicamentos, e da Suspensão de Segurança (SS) 5341, da relatoria do Ministro Dias Tofolli, onde o STF apontou que Tribunal de Justiça local tem poderes para suspender decisão cautelar do Tribunal de Contas do Estado que havia determinado a suspensão de pagamento de honorários advocatícios decorrentes de contrato administrativo (SANTOS, 2022, p. 237).

Nestes certames, os atos administrativos que versam sobre habilitação e inabilitação de licitante, classificação e desclassificação de propostas técnicas,

exequibilidade das propostas de preços e impugnações de instrumentos convocatórios são alvos constantes de controle interno, externo e judicial.

Neste cenário, as respostas apresentadas pelas instituições de controle quando elas são provocadas possuem, não poucas vezes, diferentes graus de efetividade e eficácia, o que gera reflexos diretos na forma como gestores atuam na condução dos certames licitatórios e como os controladores exercem a sua competência funcional.

À vista disso, neste trabalho, serão comparadas as atuações dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário quando estas instituições são provocadas a se manifestar a respeito de irregularidades ou ilegalidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesse contexto, a metodologia empregada foi a pesquisa exploratória, com a explanação do tema, suscitação do problema e formulação das respectivas análises. Nessa perspectiva, o estudo teve como principal fonte de pesquisa o levantamento bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, com destaque aos julgados administrativos do Tribunal de Contas da União, cumulados com a exibição de exemplos concretos.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi fixado como o principal problema de pesquisa o seguinte questionamento: como funciona o sistema de controle das licitações e contratos administrativos pelos Tribunais de Contas?

A partir dessa indagação, 4 (quatro) vertentes de trabalho foram construídas nesta investigação.

Na primeira delas, foram desenvolvidas reflexões a respeito da importância e utilização dos princípios nos procedimentos licitatórios e na interpretação das contratações públicas. Isso porque a nova legislação, de forma objetiva, consignou 22 (vinte e dois) princípios, e isso ao se levar em consideração apenas e tão somente a redação do art. 5º da Lei 14.133/2021.

Diante da expressiva quantidade de princípios positivados na Lei de Licitações e Contratos, e considerando que os Tribunais de Contas, não poucas vezes, utilizam essas normas gerais e abstratas nas fundamentações das suas decisões administrativas, fizemos uma breve reflexão a respeito da aplicação dos princípios às licitações e contratos administrativos e as conexões que eles possuem com o controle externo efetuado pelas Cortes de Contas, tendo em vista, sobretudo, as disposições

de Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Os resultados dessas análises foram apresentados no **Capítulo 2**.

Por sua vez, a segunda vertente tratou de analisar os institutos das Licitações e dos Contratos Administrativos como instrumentos de políticas públicas de controle de legalidade. Nessa perspectiva, foram analisados aspectos da atividade de controle relacionados com a juridicidade destes procedimentos, tendo a Constituição Federal como ponto de partida. Para tanto, levantamos reflexões a respeito dos custos dos processos no âmbito dos Tribunais de Contas e os riscos decorrentes da atividade de controle externo. Os achados dessas reflexões estão consignadas no **Capítulo 3**.

A seu turno, a terceira vertente tratou de investigar aspectos relacionados a autoridade dos Tribunais de Contas nos procedimentos licitatórios. Nesse sentido, as reflexões passaram pelo controle das contratações da administração pública na perspectiva da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021) e sob o enfoque das Cortes de Contas. Também foram feitas análises sobre o poder de cautela dos Tribunais de Contas tecidas considerações sobre a aplicação de sanções administrativas, com a formulação de comparações, na medida do possível, entre as Leis 8.666/93 e 14.133/2021. Essa parte da pesquisa foi abordada no **Capítulo 4**.

A quarta vertente de trabalho constitui o núcleo desta investigação. Neste ponto, tratamos do Sistema de Controle das Licitações e Contratos Administrativos pelos Tribunais de Contas. Para tanto, trilhou-se o caminho da análise do papel das Cortes de Contas na atividade de controle. Outrossim, foram abordadas questões relacionadas à provocação do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas no campo específico das licitações, comparando as respostas apresentadas por estes órgãos e as ligações dessa atividade de controle com o mérito do ato administrativo. Ademais, investigamos o instituto das Representações dirigidas aos Tribunais de Contas e analisamos se há ou não a obrigação da observância dos precedentes administrativos destes órgãos de controle no âmbito da intervenção nos procedimentos licitatórios. Os resultados deste eixo do trabalho estão descritos no **Capítulo 5**.

Alfim, foram apresentadas as conclusões a respeito do sistema de controle das licitações e contratos administrativos efetuado pelos Tribunais de Contas.

## **2 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ÀS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS CONEXÕES COM O CONTROLE EXTERNO**

A aplicação de valores gerais e abstratos na atividade de interpretação e aplicação do direito é complexa e, ao mesmo tempo, perigosa. Isso porque a utilização ampla e indiscriminada de princípios nas fundamentações de decisões administrativas podem ocultar, em alguns casos, arbítrios supostamente revestidos de legitimidade jurídica.

Nesse contexto, com os procedimentos licitatórios e contratos administrativos não é diferente. Os Tribunais de Contas podem ser provocados pela sociedade para o exercício do controle das Licitações e Contratos da administração pública e a intervenção do controle externo, não poucas vezes, é fundamentada exclusivamente em princípios.

Nesse ponto, a intervenção das Cortes de Contas nos procedimentos licitatórios e nas contratações públicas se dá, principalmente, pela falta de justificativa do modelo de contratação escolhido pelo gestor, o que é evidenciado em instrumentos convocatórios mal formulados (CARVALHO, 2019, p.61).

Com efeito, os Tribunais de Contas, quando do desempenho da função de controle, ao constatarem a necessidade de anulação do certame e/ou contrato administrativo, devem apontar, em suas decisões, de forma expressa, as consequências práticas da sua intervenção. Para tanto, as Cortes de Contas não podem invocar, exclusivamente, valores jurídicos gerais sem que haja a ponderação dos efeitos práticos da intervenção ao substituir a decisão do gestor público.

Não por acaso, Rodrigo Valgas dos Santos aponta que a importação Teoria dos Princípios implicou em sérios problemas na interpretação do direito no Brasil, implicando, em sua visão, na demasiada intervenção do Judiciário e dos Tribunais de Contas nos atos da administração pública (SANTOS, 2022, p.155).

Diante desse quadro, com a edição da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), foram positivados, objetivamente, 22 (vinte e dois) princípios, levando-se em consideração apenas a redação do art. 5º, além das disposições da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB).



Deste modo, neste trabalho, torna-se necessária uma pequena reflexão a respeito da aplicação dos princípios às licitações e contratos administrativos e as conexões que eles possuem com o controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas do País.

Como a própria lei de licitações e contratos invoca a observância da LINDB, a atividade de controle deve ter como norte a consideração a respeito das dificuldades reais do gestor no processo de tomada de decisões no que tange à gestão da coisa pública<sup>1</sup>. Isso porque as Cortes de Contas, não poucas vezes, têm causado medo aos gestores, quando do exercício do controle a respeito dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.

Esse pavor existe, sobretudo, porque o sofisma da completude do direito é muito forte no Brasil, e ele supõe que sempre há a possibilidade da constatação da solução específica para todo e qualquer problema de ordem prática (JORDÃO, 2018, p. 67). No entanto, na campo da prática, a situação é bem diferente, pois a realidade expõe aos gestores públicos situações e contextos complexos que não possuem direta subsunção dos fatos às normas já positivadas. Apesar disso, é comum que os órgãos de controle possuam interpretações distintas daquelas adotadas pelo gestor público e, neste contexto, apesar de eventual razoabilidade da decisão administrativa originária, ainda assim os Tribunais de Contas determinam aos responsáveis pela gestão a anulação dos atos administrativos e, não poucas vezes, aplicam de sanções<sup>2</sup>.

Ora, a idealização do direito é um problema real e frequente, pois ela não oferece ferramentas e subsídios suficientes para a solução de toda a espécie de problemas práticos que o gestor público enfrenta, diariamente, no exercício da sua função administrativa. Isso faz com que as decisões dos gestores, principalmente em matérias de licitações e contratos administrativos, rotineiramente, sejam imbuídas de

---

<sup>1</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados

<sup>2</sup> *Ibidem*.

verdadeiro medo, pois a responsabilização do autor do ato anulado pode ser consumada no momento do exercício do controle pelas Cortes de Contas.

Não por acaso, a LINDB exige do gestor que a solução escolhida no caso concreto seja razoável<sup>3</sup> e compatível com a realidade posta e com as opções disponíveis e, para tanto, ele deve passar longe do chamado erro grosseiro<sup>4</sup>. Sim, pois a consumação de erro grosseiro pelo gestor afastará, por completo, a interpretação do caso com base no critério da razoabilidade.

Nessa perspectiva, o erro grosseiro é caracterizado pela vontade livre e consciente do agente em praticar ato lesivo à administração pública. Nesse cenário, para fins de responsabilização, o erro grosseiro tem relação direta com a negligência, imprudência e imperícia (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 213).

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 13.655, de 2018, que incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, o Tribunal de Contas da União já responsabilizava pessoalmente o agente público nas hipóteses de erro grosseiro<sup>5</sup>. Nesta linha, o TCU já apontava alguns precedentes no sentido da responsabilização do gestor público quando havia a constatação de prática de erro grosseiro no processo de tomada de decisão administrativa.

Diante desse cenário, a idealização dos fatos pelos órgãos de controle externo gera forte pressão aos ombros dos gestores públicos, que muitas vezes são responsabilizados por limitações que não estão sob o seu controle (JORDÃO, 2018,

---

<sup>3</sup> É nesta perspectiva que a LINDB apresenta, no seu art. 22, § 2º, a seguinte redação: “Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”. Com isso, a consideração a respeito gravidade e da natureza do ato é interpretada por meio das lentes da razoabilidade.

<sup>4</sup> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

<sup>5</sup> “[...] o Tribunal tem entendido haver casos em que o agente político pode ser responsabilizado, a exemplo de quando: pratica ato administrativo de gestão (Acórdão 1132/2007-TCU-Plenário) ou outro ato, omissivo ou comissivo, que estabeleça correlação com as irregularidades apuradas (Acórdão 3183/2014-TCU-Primeira Câmara e 1.719/2014-Plenário); vem dando azo, de forma reiterada, à ocorrência de dano ao Erário em decorrência da execução deficiente de convênios (Acórdão 760/2015-TCU-Plenário); as irregularidades apuradas tenham um caráter de tal amplitude e relevância que, no mínimo, indiquem grave omissão no desempenho de suas atribuições de supervisão hierárquica (Acórdão 1016/2013-TCU-Plenário); **comete irregularidades grosseiras na condução dos assuntos de sua competência** (Acórdãos 213/2002 e 2.904/2014, do Plenário)” (Grifos no original).

p. 69). Por esta razão é que a LINDB passou a exigir a contextualização na interpretação do ato para que o órgão controlador se coloque no lugar do gestor e considere as reais dificuldades que o administrador enfrentou no momento da construção da escolha administrativa.

É nessa perspectiva que Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho (2019, p.47) leciona que o gasto público tem de ser feito com base em escolhas racionais, principalmente quando o gestor estiver envolvido em um contexto de escassez de recursos públicos, como o cenário acentuado pela Pandemia da Covid-19 e da Guerra envolvendo a Rússia e a Ucrânia, que têm afetado a economia brasileira.

Neste sentido, o gestor público deve expor, em sua fundamentação, as razões e o contexto da sua decisão, apresentando, sobretudo, as possibilidades que estavam à sua disposição àquele momento, pois, em verdade, uma das finalidades do art. 22 da LINDB é que o controlador tenha empatia com o gestor. Por outro lado, ao se considerar as reais condições e dificuldades enfrentadas pelo gestor no caso concreto, a LINDB não outorga um salvo conduto ao gestor, mas exige que o órgão controlador leve em conta os obstáculos enfrentados no momento da decisão administrativa (JORDÃO, 2018, p. 72-74).

No âmbito das licitações e contratos administrativos, os atos administrativos dos gestores, não poucas vezes, são fundamentados juridicamente apenas com a utilização de valores gerais e abstratos. Neste ponto, o grande problema da utilização exclusiva de princípios como fundamento jurídico de decisão administrativa é que eles podem encobrir, na verdade, um ato arbitrário.

Nesse sentido, ao ser invocada, por exemplo, a supremacia do interesse público para a anulação de um contrato, sem a ponderação dos efeitos práticos da decisão, é bem provável que a arbitrariedade esteja revestida de suposta juridicidade.

Não se está a dizer, todavia, que é vedada a invocação de princípio na fundamentação jurídica do ato administrativo do gestor público. O que a LINDB determina é que, mesmo em sede do controle efetuado pelas Cortes de Contas, o

controlador, ao interferir no ato do gestor, deve apontar as consequências práticas da sua intervenção no caso concreto<sup>6</sup>.

Não por acaso, há a expressa necessidade do agente público apontar a forma como o princípio foi aplicado ao caso real dentre as mais variadas opções disponíveis, e assim ocorre para que não haja a ocultação dos valores que verdadeiramente subsidiaram o processo de tomada de decisão (JUSTEN FILHO, 2018, p. 27). E mais: o controlador tem de se colocar no lugar no gestor no momento da intervenção do ato administrativo, levando em consideração os fatos subjacentes que rodeavam o administrador.

Além disso, é importante ter por norte que a consideração que a LINDB exige do órgão controlador é a dificuldade real, principalmente o obstáculo de natureza jurídica, que imprime dificuldade na interpretação da norma no caso concreto, especialmente no que diz respeito à utilização dos princípios, ou seja: a LINDB exige, em um cenário de *hard case*, que o controlador avalie a conduta do gestor com as lentes da razoabilidade, levando em consideração, no caso concreto, o contexto das dificuldades reais enfrentadas e as circunstâncias práticas que condicionaram a escolha do administrador público (JORDÃO, 2018, p. 77-78).

Neste sentido, a compatibilidade da escolha deve ter íntima relação com os efeitos práticos da decisão administrativa que foi baseada exclusivamente em princípios, e a opção demandará a aplicação do critério da ponderação a respeito das consequências práticas do processo decisório (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

Nessa perspectiva, na atividade de controle executada pelos Tribunais de Contas, a fundamentação a respeito dos efeitos práticos da intervenção é construída levando-se em consideração a experiência do controlador, que muitas vezes é conduzido à Corte de Contas por decorrência da sua carreira política.

Assim, por já ter sentido na pele os ônus das escolhas enquanto gestor, o controlador oriundo da classe política possui experiência para descrever as consequências práticas da sua decisão, quando do exercício da atividade de controle.

---

<sup>6</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Feitas essas breves considerações, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988, no art. 37, fixou, de forma objetiva, 5 (cinco) princípios que a administração pública deve obediência.

Com efeito, o direito público brasileiro foi construído com forte conteúdo principiológico (PEIXOTO, 2016, p.107), o que, não poucas vezes, implica em decisões fundamentadas com conteúdo subjetivo, tanto no Judiciário quanto nos Órgãos de Controle Externo.

Com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não foi diferente. A Lei 14.133/2021 entrou em vigor e trouxe, textualmente, mais princípios do que os diplomas normativos que ela revogou.

De fato, o hiperprincipialismo é um problema que já chama a atenção da doutrina, especialmente porque a idolatria principiológica fomenta a construção de decisões judiciais ou administrativas que servem para qualquer caso. Sendo assim, se servem para qualquer situação, em verdade, não servem para hipótese alguma (SANTOS, 2022, p.161).

Pela expressa positivação dos princípios, a violação de qualquer valor abstrato e geral da lei das licitações e contratos administrativos poderá dar ensejo ao mecanismo de controle dos Tribunais de Contas nos procedimentos licitatórios, inclusive com a suspensão cautelar do procedimento, pois a inobservância do conteúdo principiológico positivado na legislação autoriza a intervenção das Cortes de Contas pela violação de uma norma. Trataremos do poder de cautela das Cortes de Contas no Capítulo 4 deste trabalho.

Ou seja, a violação de um ou mais princípios autoriza a atuação dos Tribunais de Contas, pois a legislação que trata das licitações e contratos administrativos transformou mais de uma dezena de princípios em regras, o que viabiliza a intervenção das Cortes de Contas apontando o malferimento do princípio da legalidade. Em outras palavras, nos certames licitatórios, os princípios e as regras são apresentados como a mesma face da moeda.

Daí decorre a importância da análise, sem a pretensão de esgotar e concluir o tema, de alguns dos princípios aplicáveis às licitações e contratos administrativos, especialmente porque o legislador optou por inserir 22 (vinte e dois) princípios apenas no *caput* do art. 5º da Lei 14.133/2021.

## 2.1 A ATIVIDADE DE CONTROLE E AS NORMAS JURÍDICAS

As normas jurídicas são classificadas em princípios e regras, comumente. Neste sentido, os princípios são caracterizados por comandos normativos dotados de alto grau de generalidade e abstração. Assim, os princípios partem de concepções mais vagas e não especificam as hipóteses de incidência, nem o resultado direto da sua aplicação (CANOTILHO, 2003, p. 1034). Por esta razão, os princípios podem implicar em interpretações diversas a respeito do mesmo fato, ocasionando a chamada colisão de princípios.

Por sua vez, as regras são revestidas de comandos normativos específicos que prescrevem consequências exatas para determinados fatos jurídicos. Pelo menos em tese, as regras não devem (ou não deveriam) apresentar contradições, pois a aplicação delas implica na consideração do critério do “tudo ou nada”, ou seja: para um determinado fato jurídico, a regra específica é aplicada ou afastada, o que não comportaria ponderação na hipótese de incidência.

Nesse sentido, o exercício da atividade de Controle dos Tribunais de Contas sobre as licitações e contratos administrativos passa, não poucas vezes, por análises principiológicas, principalmente na fase de habilitação dos procedimentos licitatórios. Nesse aspecto, valendo-se de princípios na fundamentação, o Tribunal de Contas da União já consignou em um dos seus precedentes que os licitantes não podem ser inabilitados dos certames por fundamento não prenunciado no instrumento convocatório<sup>7</sup>.

Para tanto, o TCU invoca os princípios da legalidade, publicidade, julgamento objetivo e vinculação ao edital para determinar ao gestor a anulação de ato que inabilitou licitante por regra não consignada no instrumento convocatório. Deste modo, os princípios foram os fundamentos jurídicos que justificaram a intervenção do controle externo no caso concreto tratado no Acórdão 6979/2014 da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União.

---

<sup>7</sup> “A inabilitação com base em critério não previsto em edital e a ocultação de informações relevantes à habilitação dos licitantes ferem os princípios da legalidade, publicidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao disposto no instrumento convocatório”. Tribunal de Contas da União, Acórdão 6979/2014-Primeira Câmara, data da sessão: 04/11/2014, Relator: Ministro Augusto Sherman.

Nessa perspectiva, os princípios, diferentemente das regras, incidem sobre um feixe indefinido de hipóteses indetermináveis previamente (GRAU, 1990, p.112). Assim, os princípios não encerram uma única solução para um caso concreto. Deste ponto de partida, os princípios, por estarem revestidos de amplo significado semântico, possibilitam maior espaço para considerações de ordem moral no campo argumentativo, ao passo que as regras, pela sua maior densidade de sentido, não possibilitam tanta liberdade de interpretação na aplicação da norma no caso concreto (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 383).

A inexistência de uma norma específica não permite ao julgador a discricionariedade para decidir, pois ele deve municiar-se, nestes casos, dos princípios na atividade de interpretação e aplicar a solução mais adequada para o caso concreto (DWORKIN, 2002, p.55).

Para questões envolvendo procedimentos licitatórios e contratos administrativos, os Tribunais de Contas, exercendo a atividade de controle, interpretam os princípios de modo sistêmico. Para tanto, o TCU já consignou, por exemplo, que respostas da administração a pedidos de esclarecimento de licitantes passam a integrar o edital do certame e não admitem interpretações distintas das apresentadas pelos gestores, sob pena de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório<sup>8</sup>.

Os princípios também são caracterizados como “mandados de otimização” que permitem a satisfação da norma em graus variados e esse cumprimento não está adstrito às possibilidades fáticas, mas também por meio daquilo que é possível juridicamente (ALEXY, 2015, p.90). Por outro lado, as regras não possuem essa característica. Para Alexy (2015), não há meio termo: as regras são satisfeitas ou

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, colaciona-se o seguinte excerto do Tribunal de Contas da União: “[...] Esclarecimentos prestados administrativamente incorporam-se ao edital e, por consequência, vinculam todos os licitantes e o órgão licitante. No caso destes autos, a partir da resposta dada pela pregoeira, de que era permitida a apresentação de atestados de serviços prestados concomitantemente, passaram a não ser admissíveis interpretações que dela destoassem, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Esse entendimento está amparado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999 e MS 13005/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 17/11/2008), bem assim deste Tribunal (Acórdãos 299/2015 e 130/2014, ambos do Plenário)” (TCU - RP: 03420020185, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 20/11/2018, Primeira Câmara).

não<sup>9</sup>. Nesta linha, para o jurista alemão, a colisão entre regras é resolvida com a inserção de uma cláusula de exceção que dissipe o embate ou se uma das regras for invalidada (ALEXY, 2015, p.92).

É importante destacar, neste trabalho, que as lições de Dworkin e Alexy são complementares e não seguem, necessariamente, o mesmo caminho. A breve inserção das lições desses autores se deve à importância que eles têm na construção da Teoria dos Princípios, que não é o objeto desse estudo.

Neste contexto, as regras são normas de caráter descritivo e a aplicação delas depende de explícita correspondência, ao passo que os princípios são normas de caráter finalístico com pretensão de complementariedade (ÁVILA, 2018, p. 102).

No âmbito do direito público brasileiro, a utilização indiscriminada e exclusiva de princípios serve para justificar qualquer decisão arbitrária do administrador público. Neste sentido, basta considerar, por exemplo, o denominado princípio da supremacia do interesse público. Ora, no que consiste o princípio da supremacia do interesse público? A definição é imprecisa, pois supremacia do interesse público é termo amplo e genérico e sua conceituação isolada implica em divagação que recai em extrema indeterminação.

À vista disso, a utilização exclusiva de princípios no processo de tomada de decisões administrativas, e até mesmo em decisões judiciais, significa que o intérprete deixou de aplicar regras específicas para consumir escolhas fundamentadas em critérios abstratos.

O uso frequente dos princípios é apontado como comodidade para preguiçosos que não querem se dar ao trabalho de imprimir robustez à fundamentação das suas decisões, e assim atuam afastando a incidência de regras específicas para motivar, no caso concreto, suas escolhas com base em fundamentos simplistas e genéricos (SUNDFELD, 2014, p. 215).

---

<sup>9</sup> Seguindo essa linha, o Tribunal de Contas da União já evidenciou as lições de Robert Alexy na interpretação de princípios jurídicos em caso concreto envolvendo a intervenção da Corte em um pregão, como se observa no seguinte trecho do julgado: “[...] A teoria dos frutos da árvore envenenada deve ser lida em conjunto com outros princípios do ordenamento jurídico, como o interesse público. Afinal, com apoio nas lições de Robert Alexy, os princípios devem ser vistos como mandados de otimização e, sempre que possível, devem conviver de forma harmônica. Diferentemente das regras, comportam satisfação em diferentes graus, não se cogitando de soluções binárias (incide/não incide)”.(TCU - RP: 3612022, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 23/02/2022).



Fixadas essas premissas, analisaremos, em seguida, a forma como os Tribunais de Contas têm aplicado os princípios constitucionais da administração pública quando do exercício da atividade de controle externo em matérias envolvendo licitações e contratos administrativos.

## 2.2 A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO

Feitas as breves considerações a respeito da atividade de controle e das normas jurídicas, vamos analisar, brevemente, a partir de agora, alguns aspectos importantes da aplicação dos princípios constitucionais da administração pública em sede de licitações e contratos, focando, quando possível, a atuação dos Tribunais de Contas.

Nesse contexto, a importância do estudo desses princípios decorre da opção legislativa de impregnar a nova lei de licitações e contratos com diversos princípios, muitos dos quais são verdadeiros desdobramentos de uns em relação aos outros, como se observa, por exemplo, com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é um desdobramento do princípio da legalidade.

### 2.2.1 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade, sem dúvidas, é um dos mais importantes do Estado de Direito. Não por acaso, a lei assumiu o fundamento da atividade administrativa, e deve observância, sobretudo, aos direitos fundamentais dos administrados, em um contexto liberal (PEIXOTO, 2016, p. 171).

Nesse aspecto, o núcleo do princípio da legalidade direciona a forma de agir da administração pública, o que implica dizer que a atividade do Estado será juridicamente válida ou inválida a partir da observância (ou não) desse princípio (OTERO, 2017, p. 958).

Dessa forma, a Constituição será o fundamento da legalidade do Estado de Direito. No caso específico do Brasil, a Carta de 1988 preconiza que nenhuma pessoa será obrigada a fazer ou não fazer alguma coisa se não for por decorrência da lei. Essa garantia está inserida no rol não exaustivo dos direitos fundamentais, consoante

disposto no art. 5º, inciso II, da Carta Magna<sup>10</sup> e decorre da influência das idéias a respeito do Estado Liberal tratado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nessa perspectiva, no âmbito do direito administrativo, o princípio da legalidade vai ter relação direta no combate ao arbítrio do Estado sobre o administrado. Neste ponto, enquanto nas relações privadas tudo é lícito, se não houver prévia vedação legislativa, nas relações sob a égide do direito público, o ato só será válido se tiver arrimo na lei. É neste sentido que o texto constitucional de 1988 trata, no art. 37, da obediência da Administração Pública ao princípio da legalidade, o que implica na adequação do ato administrativo em relação àquilo que fora produzido no processo legislativo (FRANÇA, 2016, p. 35).

Ora, a legalidade é, ao mesmo tempo, uma garantia do particular e um nítido instrumento de limite da atuação do Estado, que não pode apanhar as pessoas de surpresa quando do exercício da sua função administrativa. A Constituição é o ponto de partida da lei. Neste sentido, o princípio da legalidade é considerado tanto nos requisitos da constitucionalidade formal quanto material, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, a criação da lei é precedida do devido processo legislativo, e isso é o que vai imprimir a legitimidade da norma posta. Deste modo, sendo a Constituição Federal a bússola dirigente, a lei pode ter a sua validade questionada se não se coadunar com os preceitos da Carta Magna.

É por esta razão que o princípio da legalidade está diretamente relacionado com a segurança jurídica. Com efeito, princípio da legalidade impõe limitações à atividade administrativa, uma vez que a atuação estatal tem de se coadunar, sistemicamente, com os valores constitucionais, sob pena de nulidade dos atos que forem praticados sem esta observância. Neste sentido, a vontade administrativa tem de ser, obrigatoriamente, decorrente da lei.

Como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade é um dos suportes normativos das licitações públicas e dos contratos administrativos, consoante disposição expressa da Constituição Federal. Neste ponto, a Carta Magna vaticina,

---

<sup>10</sup> Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

no art. 37, inciso XXI, que os procedimentos licitatórios devem assegurar igualdade na disputa do certame e isso nos termos da lei<sup>11</sup>.

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade é um vetor normativo importantíssimo nos procedimentos de contratação pública, que vai ser, inclusive, condição de legitimidade dos atos praticados pela Administração. Aliás, é exatamente o que já apontou o Supremo Tribunal Federal ao analisar a aplicação do princípio da legalidade às agências reguladoras<sup>12</sup>.

No Estado de Direito, o princípio da legalidade decorre de prévia disciplina legislativa, ou seja: a atuação estatal decorre, objetivamente, da vontade da lei. Dessarte, a legitimidade da atuação do Estado está, obrigatoriamente, adstrita ao respectivo fundamento jurídico extraído do direito material. A inobservância ao princípio da legalidade implicará na nulidade do ato, que é a resposta do direito para atuações em descompasso com o padrão de conduta exigido para a administração (OTERO, 2017, p. 958).

No entanto, é importante destacar que a legalidade não se trata de uma mera redução ao método de interpretação literal. Antes, é o passo inicial da atuação do intérprete, mas que não se consuma tão somente com a literalidade do texto.

Neste passo, parte significativa dos direitos fundamentais são viabilizados por meio de prestações ativas do Estado que dependem de disciplina legislativa. Estas normas pendentes de regulamentação do legislador são chamadas de programáticas, pois demandam determinada atuação estatal para a sua concretização. O problema

---

<sup>11</sup> 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. (Destacamos)

<sup>12</sup> “As agências reguladoras estão submetidas, como entes administrativos, ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), o que exige a necessidade de estrita observância das diretrizes e dos limites previstos na lei como condição de legitimidade dos atos normativos praticados no exercício da função reguladora. Portanto, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador”. (STF - ADI: 1668 DF 0002298-81.1997.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 01/03/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 23/03/2021).

ocorre quando, por mora legislativa, o direito fundamental deixa de ser implementado por falta de legislação sobre o tema.

Neste ponto, quando as normas constitucionais padecem de falta de regulamentação legislativa suficientes para a concretização dos direitos fundamentais, o mandado de injunção é um importante instrumento de viabilização do direito vindicado, mesmo nos casos de omissão legislativa parcial (SILVA, 2017, p. 65).

No que tange ao controle externo, em matéria de licitações e contratos administrativos, o princípio da legalidade é a razão de ser da intervenção das Cortes de Contas nos atos administrativos dos gestores. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União invoca o princípio da legalidade em diversas das suas intervenções<sup>13 14</sup>, destacando, sobretudo, o interesse público subjacente na ampliação no número de participantes dos certames licitatórios na seleção da proposta mais vantajosa para a administração quando da interpretação das regras do edital.

A legalidade é um princípio que, dentre outros aspectos, visa a segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito pela administração pública. Contudo, o hiperprincípio, que aumenta a generalidade e abstração na interpretação da norma na intervenção administrativa, o que inclui os Tribunais de Contas, faz com que a forma de agir da administração pública recaia no sofisma de que a legalidade tem sempre um sentido claro, previsível, o que é uma ilusão (OTERO, 2017, p.960).

Nesse sentido, o imaginário do que venha a ser a norma ideal para ser aplicada pela administração, no caso concreto, é um cenário muitas vezes difícil de se alcançar (OTERO, 2017, p.961). É por esta razão que a LINDB vaticina que, na interpretação

---

<sup>13</sup> “[...] Comprovada a violação aos princípios da legalidade e da isonomia em procedimento licitatório, impõe-se a procedência da representação e a assinatura de prazo para a audiência dos responsáveis, mormente quando a suspensão do certame e a paralisação da obra não atendem ao interesse público. 2. A Administração não pode fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame; deve garantir ampla participação na disputa licitatória, com o maior número possível de concorrentes, desde que qualificados técnica e economicamente, para garantir o cumprimento das obrigações”. (TCU 01357720060, Relator: GUILHERME PALMEIRA, Data de Julgamento: 12/03/2008).

<sup>14</sup> “[...] De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, é vedada a exigência de comprovantes ou certificados além dos previstos na Lei das Licitações e Contratos (LCC). Ainda que o SESI/SP possua o seu próprio regulamento, o fato não o desobriga de seguir os princípios norteadores da LCC. Portanto, cabe alertar à entidade que o dispositivo contraria os princípios da legalidade e da competitividade, não devendo constar em futura licitação”. (TCU 03030420105, Relator: UBIRATAN AGUIAR, Data de Julgamento: 02/03/2011)

do direito a respeito de normas administrativas, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor tem de ser consideradas, principalmente pelos órgãos de controle.

Deste modo, o princípio da legalidade tem de ser compreendido à luz da concretização dos direitos fundamentais e em pleno respeito à Constituição. Neste viés, a interpretação desse princípio com as lentes da Carta Magna implica na demarcação da evolução da legalidade para o princípio da juridicidade administrativa (PEIXOTO, 2016, p. 172).

Desta forma, a juridicidade administrativa, no Estado de direito, tem o seu sentido preenchido com a vinculação da administração pública ao princípio da legalidade, circunstância essa que é fundamental na aplicação da lei de licitações e contratos administrativos e no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas.

### **2.2.2 O princípio da impessoalidade**

O princípio da impessoalidade tem relação direta com o princípio da isonomia. Neste sentido, ninguém pode receber da administração tratamento divergente quando a própria Constituição não tratou de tutelar de forma diversa. A impessoalidade, como norma geral e abstrata, vaticina que os agentes administrativos, no exercício das suas funções de Estado, não podem tirar proveito da administração pública (ROCHA et al, 2021, p. 439).

Com efeito, o princípio da impessoalidade é uma garantia do particular de que a administração tratará da mesma forma fatos jurídicos idênticos ou semelhantes. Este princípio é de suma importância nos procedimentos licitatórios. Isso porque a impessoalidade é um dos critérios garantidores da seleção da proposta mais vantajosa, que deve ser julgada, sempre, de maneira objetiva e com critérios previamente definidos na lei e no instrumento convocatório.

A Lei 14.133/2021 positivou, no art. 7º, inciso III, importante regra que se coaduna com o princípio da impessoalidade nas licitações públicas. Trata-se de comando normativo que prevê a gestão por competências e desempenho das funções relacionadas aos procedimentos licitatórios vedando a participação de cônjuges ou companheiros(as) de participantes de licitações e/ou contratados. A proibição também é estendida à parentes.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União possui deliberações no sentido da vedação de contratações que envolvam conflito de interesses<sup>15</sup>, destacando-se caso concreto envolvendo a ex-prefeita do Município de Guarabira/PB, que firmou contrato de locação, sem licitação, com o objetivo de alugar imóvel que pertencia ao seu marido com a utilização de verba destinada à área da saúde do ente municipal.

O novo diploma das licitações e contratos, também valendo-se de uma regra, deu efetividade ao princípio da impessoalidade ao proibir a participação de parentes de dirigentes, agentes públicos e/ou gestores do órgão promotor do certame licitatório<sup>16</sup>. Esse dispositivo também consagra entendimento o Tribunal de Contas de União já tinha a respeito da matéria<sup>17</sup>.

Outrossim, o legislador tratou por proibir, também em nome do princípio da impessoalidade, que o particular, com contrato firmado com a administração pública, efetue a contratação de parentes e/ou cônjuges durante a vigência do contrato com o poder público<sup>18</sup> e a vedação deve estar expressamente consignada no instrumento convocatório.

---

<sup>15</sup> “Em exame processo de representação sobre irregularidades praticadas por *[omissis]*, ex-prefeita de Guarabira/PB, relativas à ausência de licitação e à inobservância dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, quando da locação, com a utilização de recursos públicos da área de saúde, de imóvel de propriedade de seu esposo. 2. Realizada a audiência, a responsável apresentou razões de justificativa em que alega basicamente que a despesa com o aluguel foi realizada com recursos próprios do município, não teria havido má-fé ou dolo em sua conduta e seria dispensável a licitação, nos termos do art. 24, inciso X, da Lei no 8.666/1993. 3. Observo que os argumentos da ex-prefeita são improcedentes e incapazes de comprovar a correção do procedimento de alugar imóvel destinado ao uso da Administração com dispensa de certame licitatório, mesmo com a comprovação de que havia pelo menos outro imóvel com características semelhantes, que poderia servir de alternativa à locação, **e a agravante de que o prédio pertence ao seu esposo**, com violação do disposto no art. 2º da Lei no 8.666/1993 e dos princípios constitucionais da impessoalidade e da **moralidade**”. (Destacamos). AC-5281-30/10-1, Sessão: 24/08/10, Relator: Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

<sup>16</sup> Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente: [...] IV - aquele que **mantenha vínculo** de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação; (Destacamos)

<sup>17</sup> “[...] Ofende os princípios da moralidade e da impessoalidade a contratação, por entidade da Administração Pública, de empresa que possui como sócio administrador parente de gestora com poderes de gerência naquele ente”. (TCU 01418620110, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 07/08/2012)

<sup>18</sup> Art. 18, parágrafo único: “Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação”.

### 2.2.3 O princípio da moralidade

O princípio da moralidade preceitua que a administração pública tem de pautar sua atividade administrativa com base em valores éticos. Neste sentido, a atuação dos agentes públicos, no exercício de suas funções, tem de se coadunar com os valores estampados na Carta Magna, para que estejam revestidos de legitimidade. A moralidade é o verdadeiro princípio anticorrupção na Constituição Brasileira.

É nesta perspectiva que as Ações Civis Públicas por Improbidade Administrativa tutelam o patrimônio público, pois atos de corrupção, contratações irregulares e desvio de dinheiro público maculam, diretamente, o princípio da moralidade. Neste contexto, a violação ao princípio da moralidade corrobora para o enfraquecimento do Estado de Direito e retira do agente público a legitimidade popular da sua atuação (PINHEIRO, 2018, p. 140).

Ora, a atuação do Estado é pautada em valores constitucionalmente relevantes. É por esta razão que o Judiciário, quando provocado, tem legitimidade para sustar ou anular atos que não se coadunam com o princípio da moralidade, e isso é observado, por exemplo, nos famosos casos, que geralmente ocorrem em épocas de festejos juninos, de contratações de artistas caros e famosos para apresentação de shows em pequenos municípios que, não poucas vezes, alegam insuficiência de recursos para a viabilização de direitos fundamentais básicos como saúde, educação e enfrentamento das secas e enchentes (BRITO, 2022).

No ano de 2022, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu a contratação do Cantor Gustavo Lima pelo Município de Teolândia/BA. A apresentação do artista seria no mês de Junho de 2022 e, para realizar o evento, o ente municipal gastaria por volta de R\$ 1.350.000,00 (um milhão trezentos e cinquenta mil reais). O problema era que o Município de Teolândia/BA estava na vigência de situação de emergência, mas estava disposto a consumir a contratação de um artista em montante que equivaleria a aproximadamente 6 (seis) meses do investimento que o ente público fez na saúde municipal<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> “[...] o dispêndio da quantia sinalizada com o evento, em município de aproximadamente vinte mil habitantes, em situação de emergência decretada, justifica a precaução cautelar da juíza de primeiro grau prolatora da decisão inicial que suspendeu a realização do festival. Neste ponto, reside, no caso

O princípio da moralidade também é um dos fundamentos jurídicos do controle social da administração pública, muito praticado pelos Tribunais de Contas. Neste sentido, o princípio da moralidade impõe à atividade estatal a observância aos valores ético-jurídicos e impõe limites ao poder do próprio Estado.

Vantagens de natureza pessoal são vedadas no âmbito das atividades do Estado por conta de valores éticos-constitucionais que imprimem à ordem jurídica a reprovabilidade de condutas desonestas e ilícitas.

#### **2.2.4 O princípio da publicidade**

O princípio da publicidade está previsto objetivamente no texto constitucional e é um dos mais importantes do direito administrativo. Neste contexto, a publicidade dos atos da administração pública é um dos fatores que viabiliza o controle social da administração pública. É com base nele, por exemplo, que o particular pode impugnar um edital de licitação. Ao ter ciência do conteúdo do instrumento convocatório devidamente publicado nos Diários Oficiais, Portais de Compras, Jornais de grande circulação, é possível conferir se o edital foi elaborado em consonância com as regras e princípios constitucionais.

Além disso, o princípio da publicidade também tem como objetivo a implementação da transparência da administração pública à sociedade. Nesta perspectiva, a divulgação das decisões do Estado é uma das formas que viabiliza a participação popular no contexto da administração pública (FLORENCIO, 2020, p.151).

Nesse contexto, no período compreendido entre a publicação da nova lei de licitações e contratos administrativos e a revogação da legislação anterior que tratava da matéria, o Tribunal de Contas da União analisou se era possível a contratação, por

---

específico dos autos, a constatação de que há lesão à ordem pública e à econômica administrativas, a recomendar a concessão da suspensão pretendida. Cuida-se de gasto deveras alto para um município pequeno, com baixa receita, no qual, como apontado pelo ministério público da Bahia, o valor despendido com a organização do evento chega a equivaler a meses de serviços públicos essenciais [...]. Ante o exposto, defiro a suspensão dos efeitos da decisão do desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no Agravo de Instrumento n. 8022716-98.2022.8.05.0000, restabelecendo a decisão do juiz de primeiro grau na Ação Civil Pública n. 8000490-47.2022.8.05.0276, até o trânsito em julgado do processo principal". (STJ - SLS nº 3123/BA, Relator: Ministro Presidente do STJ, Data de Julgamento: 05/06/2022, Data de Publicação: 07/06/2022).



dispensa, com base na Lei 14.133/2021, sem a disponibilidade do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP e sem que a regulamentação das normas estivesse concluída.

Neste ponto, a controvérsia surgiu pelo fato da nova lei estabelecer a necessidade de divulgação dos contratos administrativos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como condição de eficácia do ato administrativo<sup>20</sup>. Contudo, o Portal ainda não estava pronto, o que, por uma interpretação literal, impedia a contratação por dispensa com base na Lei 14.133/2021.

Diante desse impasse, o Tribunal de Contas da União fixou entendimento pela possibilidade, excepcional e transitória, da contratação por dispensa de licitação até a conclusão do acesso efetivo ao Portal Nacional de Contratações Públicas, desde que houvesse o reforço da transparência e da publicidade, especialmente com a utilização do Diário Oficial da União como ferramenta adicional<sup>21</sup>.

De fato, a violação ao princípio da publicidade impõe a nulidade dos atos da administração, principalmente quando esta inobservância é consumada no âmbito de processos administrativos.

No que diz respeito aos procedimentos licitatórios, o princípio da publicidade é que vai reger, por exemplo, a tempestividade dos recursos administrativos, o fundamento de validade das decisões do administrador, e vai viabilizar a análise da existência (ou não) de motivação dos atos administrativos, e tudo isso só será possível se a atividade do Estado for devidamente publicada.

O sigilo é a exceção na administração pública brasileira e só é admitido nas seguintes hipóteses: em casos de risco à defesa e à soberania nacionais ou a

---

<sup>20</sup> Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

<sup>21</sup> “A dispensa de licitação prevista no art. 75 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos) pode ser utilizada por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), em caráter transitório e excepcional, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP (art. 174 da mencionada lei). Nesse caso, em reforço à transparência e à publicidade necessárias às contratações diretas, deve ser utilizado o Diário Oficial da União (DOU) como mecanismo complementar ao portal digital do órgão, até a efetiva integração entre os sistemas internos e o PNCP”. (Acórdão 2458/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES)

integridade do território nacional; quando as informações possam prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País; em circunstâncias que possam pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; quando a publicidade da informação, por algum motivo, oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; nos casos em que a informação tenha o condão de prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; quando a publicidade implicar na possibilidade de prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; nos casos que possam incorrer em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou quando a publicidade das informações possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. Todas estas hipóteses estão contempladas no art. 23 da Lei 12.527/2011.

Com efeito, o sigilo não pode ser arbitrariamente imposto sobre os atos da administração pública. Antes, exigem robusta motivação para que o princípio da publicidade seja mitigado em nome de um bem jurídico superior.

### **2.2.5 O princípio da eficiência**

A Emenda Constitucional nº 19/1998 tratou de inserir ao caput do art. 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência. Neste sentido, o princípio da eficiência implica na otimização de recursos da administração, em especial nos aspectos de produtividade e economia.

Os direitos não surgem do nada. Diante disso, as escolhas da administração tem de ser feitas com base em critérios eficientes visando o não desperdício de dinheiro público. Neste contexto, o princípio da eficiência foi uma bússola na edição da Lei 13.655/2018, que acrescentou diversos dispositivos à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), com o objetivo de fixar critérios para o regime jurídico de direito público.

Nesse viés, o princípio da eficiência é a norma que imprime direção e sentido às contratações públicas e possui o condão de obter o melhor rendimento com o

menor dispêndio ao erário, mas isso não faz com que a legalidade seja levada ao sacrifício, pois os princípios da legalidade e da eficiência são conciliatórios e não são mutuamente excludentes (CARVALHO, 2019, p. 57-58).

Nessa linha, pelo princípio da eficiência, o Estado se legitima não apenas pelos meios utilizados na atividade administrativa, mas também reveste-se de legitimidade por conta dos fins obtidos. Desta forma, o Constituinte derivado, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, estabeleceu, de forma objetiva, substrato para aferimento do desempenho da Administração Pública. O princípio da eficiência também é manifesto na economicidade da contratação, que é implementada pela seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Nessa perspectiva, o Tribunal de Contas da União tem privilegiado o princípio da eficiência em contratação pública envolvendo licitante que não foi, inicialmente, declarado vencedor do certame. Contudo, a essa contratação deve ocorrer nas mesmas condições que o adjudicatário originário e é consumada na hipótese onde há a desistência de execução do objeto do certame após a assinatura do contrato administrativo<sup>22</sup>.

Ora, em nome do princípio da eficiência, o TCU evita o desperdício de dinheiro público e, ao otimizar a contratação estatal convocando o licitante remanescente nas mesmas condições que o adjudicatário originário, faz com que a administração não tenha novos custos na elaboração de um novo procedimento licitatório e, paralelamente, fomenta a melhoria do sistema de governança das contratações do Estado (CARVALHO, 2019, p. 47).

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, esse posicionamento é constatado no seguinte julgado do TCU:

“[...] o aproveitamento de uma licitação com a convocação de licitante que não se sagrou vendedor do certame tem como razão fundamental os princípios da supremacia do interesse público e da eficiência, estando previsto em duas hipóteses na Lei 8.666, de 21/6/1993 [...] As hipóteses abarcam as situações em que a execução contratual foi iniciada, porém interrompida em consequência de rescisão contratual (art. 24, inciso XI); e em que sequer houve a assinatura ou retirada do termo de contrato ou instrumento equivalente, tendo a licitante vencedora desistido da avença. [...] Nesse caso, por estarem presentes os mesmos princípios inspiradores dos arts. 24, inciso XI e 64, § 2º da Lei 8.666/1993, quais sejam, os valores da supremacia do interesse público e da eficiência, julgo pertinente o uso da mesma solução jurídica enfeixada por essas normas, para o fim de permitir a contratação das demais licitantes, segundo a ordem de classificação e mantendo as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, também na hipótese em que este houver assinado o contrato e desistido de executá-lo, mesmo sem ter executado qualquer serviço”. (TCU 01608720127, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 03/04/2013)

Neste sentido, é possível destacar que, dentre as modalidades de licitação existentes, o pregão eletrônico, em tese, apresenta melhor critério de eficiência quando as contratações são direcionadas exclusivamente para aquisição de bens e serviços comuns. Não por acaso, o inciso XLI do art. 6º da Lei 14.133/2021 consignou que o pregão será obrigatório quando houver a necessidade de se contratar bens e serviços comuns.

A obrigatoriedade do pregão para a contratação de bens e serviços comuns se dá porque, nesta modalidade de licitação, os licitantes apresentam propostas em tempo real. Com isso, os lances dos interessados são constantemente cobertos pelos concorrentes até que se chegue à proposta final que viabilizará a contratação mais vantajosa do ponto de vista econômico. Essa é uma das formas da implementação do princípio da eficiência nas licitações e contratações públicas.

#### **2.2.6 O princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

Cabe aqui tecer breves considerações a respeito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. No contexto das licitações e contratos administrativos, este princípio infralegal é um desdobramento do princípio constitucional da legalidade. Neste sentido, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório consiste na submissão da administração e dos particulares aos termos do edital. A confecção do edital é primeira formalidade da administração pública na condução do certame (NIEBUHR, 2012, p. 44).

Quando da fase interna da licitação, a construção do instrumento convocatório é precedida de diversos atos administrativos, muitos dos quais de natureza discricionária, no exercício dos juízos de conveniência e oportunidade. A partir da elaboração do edital, tanto a administração pública quanto os licitantes ficam vinculados aos seus termos. O edital será o instrumento que vai reger todo o certame e deve ser observado até a consumação do objeto do contrato administrativo.

Ora, não é dado à administração, nos procedimentos licitatórios, descumprir regras estipuladas por ela mesma<sup>23</sup>, e tal conduta, além de não ser compatível com a ordem jurídica, pode dar ensejo à nulidade de toda a licitação.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é um dos mais importantes nos procedimentos licitatórios, pois a sua observância prestigia a segurança jurídica do certame e da contratação feita pela administração. É por esta razão que os licitantes, obrigatoriamente, têm de observar o inteiro teor do edital e, se constatarem qualquer incompatibilidade com o princípio da legalidade, devem impugná-lo, antes do recebimento das propostas pela administração.

Entretanto, é importante ressaltar que a ausência de impugnação do edital não implica em convalidação de dispositivos ilegais porventura existentes no instrumento convocatório. Neste aspecto, é comum que comissões de licitações, quando do julgamento dos recursos administrativos em qualquer fase do procedimento, em questões que envolvam aspectos de legalidade de normas do edital, fundamentem suas decisões administrativas aduzindo que o recorrente não manejou impugnação ao instrumento convocatório antes da sessão da licitação.

Para tanto, invocam, erroneamente, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório para justificar a manutenção de regramento ilegal no edital após a sessão de recebimento das propostas. Nestes casos, o interessado deve valer-se dos órgãos de controle para, perante a autoridade competente, suscitar a anulação do ato ou até mesmo do certame, por ofensa à legalidade.

Além disso, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é mitigado quando há nítida vantagem à administração na licitação, e isso é feito por meio de um critério de ponderação como demais princípios administrativos<sup>24</sup>. O problema é que

---

<sup>23</sup> Neste sentido, este tem sido o entendimento do Tribunal de Contas da União: “Inserir-se na esfera de discricionariedade da Administração a eleição das exigências editalícias consideradas necessárias e adequadas em relação ao objeto licitado, com a devida fundamentação técnica. Entretanto, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é inadmissível que a Administração deixe de aplicar exigências previstas no próprio edital que tenha formulado”. (Acórdão 2730/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS, Data de julgamento: 28/10/2015).

<sup>24</sup> Nos termos da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, “a observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, caput, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios”.

nem sempre é tarefa fácil identificar o real sentido do interesse público quando a administração mitiga a interpretação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e, do mesmo modo, se mostra complexa a identificação dos exatos efeitos decorrentes da mitigação de uma regra pré-fixada (OTERO, 2017, p. 962).

No íterim compreendido entre a publicação do edital e a sessão de recebimento das propostas, aos interessados é facultada a solicitação de esclarecimentos a respeito dos itens do edital. Neste sentido, as respostas apresentadas pela administração pública possuem caráter vinculante, e isso significa que a entidade promotora da licitação não pode ignorar o entendimento apresentado ao particular (JUSTEN FILHO, 2021, p. 122).

Deste modo, as respostas aos pedidos de esclarecimento tornam-se partes integrantes do edital e vinculam a administração e todos os licitantes.

### 3 LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DE LEGALIDADE

Os Tribunais de Contas estão imbuídos de competência para o exercício do controle das contratações públicas e dos procedimentos licitatórios<sup>25</sup>, nos termos da Lei 14.133/2021. Com efeito, a atividade controladora tem um importante papel no controle da legalidade dos gastos públicos e na avaliação concreta das políticas públicas induzidas pelo poder de compra da administração.

A grande questão que se coloca, nesse contexto, é avaliar até que ponto os Tribunais de Contas podem avançar, em procedimentos administrativos de sua competência, e o que pode ocorrer nos casos de excessos e de erros grosseiros que implicam em custos e prejuízos anormais.

Neste sentido, esta parte da pesquisa refletirá, brevemente, e sem a pretensão de exaurir o tema, aspectos relacionados com os custos dos processos administrativos de controle efetuados pelos Tribunais de Contas, os riscos decorrentes desses processos e as respectivas redistribuições desses riscos.

#### 3.1 OS CUSTOS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A REDISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS NO CONTEXTO DO CONTROLE EXTERNO

A análise dos custos dos processos extrajudiciais no âmbito da administração pública e a redistribuição dos riscos e externalidades resultantes destes procedimentos é de extrema importância para o direito público, pois os procedimentos administrativos, rotineiramente utilizados pela administração para a implementação de políticas públicas, refletem diretamente na esfera econômica dos sujeitos e são meios que viabilizam direitos ou impõem obrigações.

Nesse sentido, as consequências destes processos no âmbito do controle externo podem causar danos anormais aos gestores, aos administrados ou à própria

---

<sup>25</sup> 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: [...] III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo **tribunal de contas**.

administração, principalmente no campo econômico, quando a intervenção das Cortes de Contas não é conduzida de forma racional ou em ocasiões em que qualquer uma das partes falta com o dever de probidade e boa-fé. Destarte, a condução do procedimento deve observar, sobretudo, os princípios da eficiência, legalidade e segurança jurídica na aplicação do direito.

Nesse contexto, na atividade de controle promovida pelos Tribunais de Contas envolvendo matérias de licitações e contratos administrativos, uma das partes tem uma pretensão jurídica que é resistida por outrem. Neste cenário, o desenvolvimento da relação jurídica processual sempre demanda um preço a ser pago, mesmo que, aparentemente, não haja custos financeiros diretos. Alfim, haverá uma decisão que, por vezes, poderá ser deveras injusta (teratológica) ou, por outro lado, uma solução que promova a justiça, mas a um custo bem elevado para aquele teve o seu direito reconhecido.

Para tais casos, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.655/2018, que modificou a chamada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), passou a existir mais um fundamento jurídico para responsabilizar o causador de um dano processual nas relações jurídicas reguladas por normas de direito público. Trata-se, pois, do Artigo 27 da LINDB<sup>26</sup>, que tem como objetivo primordial evitar a instauração de um processo desnecessário ou viabilizar a responsabilização de quem deu azo à concessão de benefícios indevidos, causou prejuízos anormais, ou injustos, por decorrência de processo na seara do direito público, seja ele administrativo ou judicial.

Feitas estas considerações, analisar-se-á, a partir de agora, alguns aspectos relativos aos custos dos processos administrativos instaurados perante os Tribunais de Contas versando sobre licitações e contratos e, na sequência, faremos uma breve reflexão a respeito da distribuição dos riscos, consequências e externalidades destes procedimentos.

---

<sup>26</sup> Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.



### 3.2 NÃO EXISTE PROCESSO GRÁTIS

Não existe processo grátis. As fases processuais demandam tempo, pagamentos de horas técnicas a profissionais, alocação de servidores públicos, e todas estas variáveis possuem custos. Alguém paga por elas. Sempre. Processo, em sentido amplo, trata de uma relação de conflito jurídico que se dá de forma institucionalizada e é posta a termo por meio de uma decisão (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 92).

Na perspectiva de um processo judicial, produzir provas implica em custos com a atividade fim do Poder Judiciário, o que inclui a remuneração dos servidores, compra de equipamentos, consumo de materiais, dentre outros (CRISTOFANI, 2020, p. 303). O mesmo ocorre com os processos administrativos instaurados perante os Tribunais de Contas, que também possuem custos e são financiados pela sociedade.

Partindo deste ponto, o exercício da atividade de controle externo promovida pelos Tribunais de Contas, conduzido por suas respectivas autoridades competentes, vale-se de processos administrativos para garantir direitos e/ou exigir o cumprimento de deveres e obrigações.

Neste prisma, se há processo, tem de haver o respeito à garantia constitucional do devido processo legal, que é a pedra fundamental do direito processual e tem incidência sobre qualquer espécie de processo (DIDIER JR., 2016, p.86), inclusive os administrativos.

Estes procedimentos são conduzidos por seres humanos, que, nesta qualidade, estão sujeitos a errar, e podem consumir uma injustiça para alguém que, após, terá de arcar com despesas para corrigir o erro por meio de um processo adequado (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, p.176).

Processos anômalos, estranhos e/ou teratológicos causam estragos e prejuízos para quem é controlado. Nisto surge o dano processual decorrente da atividade dos Tribunais de Contas no contexto da intervenção destes órgãos de controle. Neste viés, o dano processual administrativo pode decorrer de abuso do poder econômico do próprio Poder Público, e não apenas do particular. Na vertente jurídica, o poder econômico, em si, é o direito de agir de determinada forma e dentro

de um limite. Sendo este limite ultrapassado, resta caracterizado o abuso de direito (FERRAZ JÚNIOR et al, 2015, p. 17).

Neste sentido, é possível perceber a gravidade do problema por meio de exemplo: quando a administração pública, por meio dos seus gestores, pretende contratar serviços, ou comprar bens, ela o faz, em regra, após a realização da licitação. Este procedimento administrativo decorre de previsão constitucional<sup>27</sup> e hoje está regulado pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que é a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O edital é elaborado por servidores na chamada fase interna da licitação e contém os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, que tem de ser feita, principalmente, com base nos princípios da legalidade, isonomia e eficiência<sup>28</sup>. A partir daí, elaborado o instrumento convocatório, ele faz lei entre as partes e vincula tanto a administração quanto os licitantes, sendo nisto é consubstanciado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (JUSTEN FILHO, 2012, p. 657).

O edital do certame, como o contrato administrativo dele decorrente, contém disposições que tratam a respeito da execução do objeto da licitação e prevê como eventuais problemas devem ser solucionados. A propósito, os contratos administrativos são regulados por cláusulas e preceitos de direito público e, de forma supletiva, aplicam-se a eles os preceitos da teoria geral dos contratos<sup>29</sup>, nos termos da Lei 14.133/2021.

Assim, finalizada a licitação, a administração pública, por meio dos seus gestores, firma o contrato com o particular que apresentou a proposta mais vantajosa.

---

<sup>27</sup> Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal: “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”.

<sup>28</sup> A eficiência tem como uma das suas missões a função de prever e entender o comportamento das partes no processo no procedimento (NOBREGA; JURUBEBA, 2020, p. 505).

<sup>29</sup> Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Neste contexto, os contratos administrativos contém disposições que disciplinam eventual inexecução parcial ou total do objeto do certame. O descumprimento do contrato dará ensejo à instauração de processo administrativo para apurar a responsabilidade do contratado, que deve respeitar os postulados da ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, o objetivo do contraditório, em sede administrativa, é o mesmo do processo judicial, a saber, salvaguardar a influência das partes (administração e particular) na construção do convencimento do órgão julgador (BACELLAR FILHO, 2013, p. 246).

No contexto do processo administrativo que apura eventual inexecução parcial ou total de contrato, não poucas vezes o contratado necessita demonstrar que não incorreu em inobservância das regras contratuais. Para tanto, precisa valer-se de algum meio de prova em direito admitido tais como tomada de depoimento das partes, oitiva de testemunhas, realização de perícias, inspeções, dentre outros.

Contudo, quando a administração pública não permite ao particular a produção dos meios de prova admitidos em direito, ela viola os postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que consubstanciam o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal<sup>30</sup>.

Neste aspecto, o cerceamento do direito de defesa ainda é rotineiro no exercício da atividade administrativa do Estado e, além das nulidades processuais, causa prejuízos ao ente público e ao particular.

Esse mesmo problema é repetido no âmbito da atividade de controle dos Tribunais de Contas, o que é gravíssimo. O manejo da defesa técnica perante as Cortes de Contas assume maior relevância principalmente ao se considerar que as matérias ali analisadas não são triviais e a mera manifestação pessoal do gestor não se mostra suficiente, nem adequada, pois envolvem processos com alto grau de conhecimento em direito constitucional, direito administrativo, responsabilidade civil, dentre outros (SANTOS, 2022, p. 222).

---

<sup>30</sup> “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Empós, o processo administrativo que tramita perante as Cortes de Contas pode culminar na aplicação de penalidades administrativas de diversas naturezas, tais como multas e suspensões.

Diante disso, os gestores públicos, ou até mesmo os particulares que tenham alguma relação jurídica com a administração, submetidos a um processo imbuído de excessos ou nulidades, terá mais custos para terem de levar o caso ao Judiciário para que as nulidades sejam reconhecidas e afastada.

Neste íterim, se a sanção aplicada for multa de elevada monta, para os gestores, e/ou de suspensão do direito de licitar ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar, para os particulares, os prejuízos suportados pelos controlados já serão gravíssimos.

Dessarte, aqueles que foram alvos de eventuais arbítrios dos Tribunais de Contas terão de judicializar a questão e, apontando os vícios do processo administrativo, solicitarão ao Poder Judiciário a anulação do ato ilegal. Até que tudo isso ocorra, os sancionados pelas Cortes de Contas já amargaram diversos prejuízos. Isso sem falar do dispêndio de custas processuais, honorários advocatícios e outras despesas. Alfim, mesmo com o reconhecimento do direito perante o Judiciário, e sendo afastados os efeitos do ato ilegal, aqueles que foram alvo da atividade de controle já terão amargado prejuízos anormais e injustos resultantes do processo administrativo.

Neste viés, até a entrada em vigor da Lei nº 13.655/2018, os excessos dos Tribunais de Contas na condução de processos administrativos geralmente não implicavam no dever de ressarcir o prejudicado. No entanto, a redação do art. 27 da LINDB trouxe o fundamento jurídico para a redistribuição dos custos dos processos, juntamente com todos os seus riscos.

A finalidade da norma, neste particular, é justamente desestimular a instauração de procedimentos manifestamente desnecessários ou com nítido intuito persecutório, uma vez que o simples fato de se responder a um processo administrativo instaurado de forma temerária já é motivo para a consumação de dano, pois todo processo tem consequência econômica. E mais: o requerimento de compensação do prejudicado não precisa constar na origem do processo administrativo, uma vez que a reparação pretendida pode decorrer de causa

superveniente à instauração do próprio procedimento (RAMOS; GRAMSTRUP, 2021, p. 395).

Fixadas, pois, estas breves as premissas a respeito dos custos dos processos, analisemos agora alguns aspectos da redistribuição dos riscos processuais nos casos de prejuízos anormais ou injustos.

### 3.3 REDISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS DOS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE

Vimos até aqui que os procedimentos de controle dos Tribunais de Contas implicam em custos. Partindo deste ponto, é possível fazer um breve paralelo com o que aconteceu no âmbito da Justiça do Trabalho com a redistribuição de riscos e externalidades nos processos.

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, também chamada de Reforma Trabalhista, modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, dentre outras coisas, passou a prever a possibilidade de condenação da parte vencida (total ou parcialmente) ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais.

Neste sentido, o Processo do Trabalho fez a redistribuição dos riscos da demanda, uma vez que, julgado improcedente o pedido, a parte vencida arcará com os custos que envolvem a relação processual, se não for beneficiária da justiça gratuita. Isso fez com que a Justiça do Trabalho reduzisse o seu estoque em 1.000.000 (um milhão) de processos só nos 02 (dois) primeiros anos da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2020, p.93). Não é pouca coisa.

Porém, antes da Reforma, propor uma Reclamação Trabalhista, em alguns casos, era como fazer uma aposta sem que houvesse a necessidade de se pagar pelo bilhete. A parte ingressava com a Ação, formulava diversos pedidos com altos valores e, se ela ganhasse, estava tudo bem. Se perdesse, ficava por isso mesmo. Hoje em dia, com a redistribuição dos riscos dos processos, as partes analisam os bônus e os ônus das demandas trabalhistas, com arrimo na teoria dos jogos, e, por meio de uma escolha racional, fazem suas escolhas com base em suas preferências (FIANI, 2015, p. 23).

Nesse cenário, a ideia de racionalidade possibilita a previsão de comportamento dos sujeitos e suas respectivas reações. Isso pode implicar na redução da probabilidade de consumação de dano. Deste modo, se as partes forem racionais, elas terão ciência dos riscos de cometimento de erros (POSNER, 2010, p. 36) e, trazendo essa premissa para o contexto do controle externo feito pelos Tribunais de Contas, os controladores e os controlados atuarão de maneira adequada no processo administrativo, o que implicará em baixo risco de consumação de dano, pelo menos em tese.

Assim, no contexto do direito público, demonstrada a consumação de prejuízos anormais ou injustos, a administração e o particular podem ser responsabilizados, nos termos do art. 27 da LINDB, se qualquer um deles for autor do dano. A compensação do prejudicado pode se dar na própria seara administrativa, e é desejável que a via preferencial seja essa. Entretanto, se o causador do dano for o Tribunal de Contas e ele não reconhecer que foi o causador do dano ou se recusar reparar o prejuízo, a parte prejudicada devera socorrer-se perante o Poder Judiciário. Ora, o Sistema de Justiça gera custos sociais, mas ele é indispensável à vida em sociedade, pois tem a legitimidade constitucional para transferir aos potenciais causadores de danos os riscos e os custos das externalidades impostas a terceiros (FUX; BODART, 2021, p.36).

Em sede de procedimentos licitatórios, a revogação do certame pelo gestor pode dar ensejo à indenização ao particular (NIBUHR, 2012, p.579). Assim, constatado o dano, surge o dever de indenizar. A propósito, a responsabilidade do Estado é, em regra, objetiva e está baseada no risco administrativo toda vez que o dano for consumado por agente público no exercício da sua função, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal<sup>31</sup>.

Nesta vertente, a autoridade pública, quando da decisão do processo administrativo, poderá fixar no termo de julgamento a compensação daquilo que fora indevidamente usufruído pelo administrado ou pelos prejuízos decorrentes do processo ou da conduta dele ou do próprio Tribunal de Contas, nas hipóteses de excessos ou erro grosseiro. A responsabilização do causador do dano só cumpre o

---

<sup>31</sup> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

seu mister quando o autor do ato ilícito sente as consequências econômicas do dever de reparação (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 389).

Nesta perspectiva, qualquer que seja a decisão, ela obrigatoriamente terá de ser motivada e precedida do devido processo legal. A observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa é requisito obrigatório de todo processo administrativo. Neste sentido, a violação do exercício do direito de defesa em sede administrativa é causa de nulidade do processo. Nesse ponto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é ampla e consolidada no sentido da necessidade da administração observar e respeitar o devido processo legal, inclusive em âmbito administrativo<sup>32</sup>.

Outrossim, o entendimento da Corte Suprema é replicado pelos Tribunais do país<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Neste sentido, é possível destacar as seguintes fundamentações: “[...] 2. Procedimento Administrativo. Exclusão de vantagens salariais de servidores públicos. Direito de defesa. Não observância. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.** Precedentes. [...]”. (STF - AI: 481015 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/02/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08-09-2006 PP-00056 EMENT VOL-02246-04 PP-00781 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 107-119). (Destacamos).

“[...] O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. **Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do *due process* a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos**, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (STF - RMS: 28517 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/03/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 30-04-2014 PUBLIC 02-05-2014). (Destacamos).

<sup>33</sup> “[...] Por força da Constituição da República, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Art. 5º, inc. LV). O princípio do contraditório "é garantia que assegura a pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito"; o princípio da ampla defesa, "a garantia que proporciona a pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário" (DIRLEY DA CUNHA Jr.); "Os princípios do

Apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não é raro o fato do descumprimento do direito fundamental à produção de prova nos procedimentos instaurados pelos Tribunais de Contas, que invocam falsos argumentos pragmáticos para impedir a concretização do devido processo legal (SANTOS, 2022, p. 233).

Com efeito, não basta que seja garantido ao acusado o direito de apresentar defesa administrativa por escrito. O devido processo legal envolve, além da defesa escrita, o direito a produção de prova, principalmente se existir a possibilidade do acusado sofrer algum tipo de sanção administrativa decorrente do processo.

A autoridade condutora do processo deve ter especial cuidado antes de indeferir qualquer requerimento de produção de prova pelo acusado. Em se tratando de procedimento que pode culminar em aplicação de sanções administrativas, o pedido de produção de prova somente pode ser indeferido se àquela altura processual o controlador já estiver convencido de que não existe motivo para que o acusado seja sancionado.

Por outro lado, se o controlador ainda não tiver elementos suficientes para não penalizar o gestor, o requerimento de produção de prova deve ser, obrigatoriamente, deferido, sob pena de nulidade. Em todo caso, a motivação da decisão administrativa tem de ser robustamente apresentada.

Nessa perspectiva, a motivação implica na explicitação dos motivos e se transforma no requisito de validade do ato (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2017, p. 34). A motivação da decisão tem de apontar o contexto fático e todos os fundamentos jurídicos que fizeram o Tribunal de Contas a chegar à determinada conclusão, sob pena de nulidade. E não somente isso. A *ratio decidendi* desta decisão deve ser congruente, clara, não contraditória, explicitando os seus fundamentos, descrevendo a subsunção do fato à norma na sua lógica argumentativa, indicado as fontes do direito que deram suporte ao ato administrativo decisório.

---

contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos" (MS n. 24.268, Min. Gilmar Mendes). É nulo o ato administrativo consistente na declaração de inidoneidade de empresa que participou de processo licitatório (Lei n. 8.666/1993, art. 87, inc. IV) se não lhe foi assegurado o devido processo legal". (TJ-SC - AI: 20130602392 Concórdia 2013.060239-2, Relator: Newton Trisotto, Data de Julgamento: 15/04/2014, Primeira Câmara de Direito Público).



Além disso, a decisão administrativa que versar sobre compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo, se for baseada exclusivamente em juízos gerais e abstratos (princípios), deve observar as respectivas consequências práticas do caso, como foi destacado no Capítulo 2 deste trabalho. Trata-se, pois, do método de argumentação consequencialista.

Neste particular, é possível entender o consequencialismo como um método argumentativo, aplicado pelos operadores do direito, que leva em consideração os efeitos práticos que se visa evitar ou promover, e isso é consumado com a relativização da literalidade da norma aplicada (ÁVILA, 2019, p. 52).

Neste sentido, a aplicação do consequencialismo também leva em conta o critério da proporcionalidade. No contexto do direito público brasileiro, e, por óbvio, no âmbito da atividade de controle consumada pelos Tribunais de Contas, um ato administrativo apenas será considerado proporcional se atender, de forma simultânea, aos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 471).

Outrossim, a decisão que anular contratos, licitações, atos, processos ou normas, além de exigir robusta fundamentação, poderá modular os seus efeitos com base nos critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Assim ocorre para que, paralelamente à anulação do ato, ocorra a mitigação dos ônus da administração ou do particular, visando afastar perdas anormais ou excessivas no caso concreto e que causem alto impacto social ou econômico. Aliás, este tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup>, inclusive com tese firmada em sede de Repercussão Geral.

---

<sup>34</sup> Neste cenário, é possível evidenciar a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA LEI 10.678/2016, DO ESTADO DA PARAÍBA, QUE DÁ NOVA REDAÇÃO AO § 1º DO ART. 5º DA LEI ESTADUAL 10.432/2015. EXCLUSÃO DA RESERVA PARA SERVIDORES EFETIVOS DE 50% DOS CARGOS DE ASSESSOR III E IV DE PROCURADOR DE JUSTIÇA; E ASSESSOR V DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. QUEDA PARA CERCA DE 15% DO TOTAL DOS CARGOS COMMISSIONADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA. **AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.** BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. ART. 37, CAPUT, II E V, DA CF. **MODULAÇÃO DOS EFEITOS.** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. [...] nos termos da tese fixada no Tema 1.010 da Repercussão Geral, “o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar”, respeitando, assim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade para definir o quantitativo, a fim de extrair do dispositivo constitucional a máxima efetividade na realização de sua finalidade. VIII - **Considerando a segurança jurídica e o excepcional interesse social envolvidos na questão, entendo ser cabível a limitação**

Ademais, o art. 27, § 2º, da LINDB viabiliza a formalização de negócio jurídico no âmbito administrativo. Sendo o objetivo da lei evitar a consumação de danos decorrentes de benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos, nada melhor que a celebração de compromisso processual entre os envolvidos e no âmbito administrativo. A ideia é louvável, uma vez que ela tem a capacidade de evitar um litígio judicial com suas despesas inerentes como custas processuais, honorários advocatícios, peritos, entre outros.

Nesta vertente, a formalização de negócio jurídico processual no processo administrativo encontra suporte normativo no art. 15 do Código de Processo Civil (CPC), que vaticina que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Nesse contexto, o CPC, estimulando a solução consensual de conflitos, consignou que os entes públicos devem criar órgãos para dirimir conflitos<sup>35</sup>, com objetivo primordial na redução de danos administrativos.

E foi neste espírito que, em 2018, a LINDB ganhou o art. 27, § 2º, robustecendo a administração com fundamentos jurídicos para a solução consensual de conflitos e redistribuição dos riscos e externalidades decorrentes dos processos administrativos.

Neste ponto, a redistribuição de externalidades cria incentivos para a não utilização do processo administrativo de forma teratológica, visando fins pessoais, mesquinhos ou de perseguição a servidores públicos (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, p.180).

---

**dos efeitos da inconstitucionalidade, a fim de que esta decisão tenha eficácia após doze meses da publicação do acórdão do presente julgamento.** IX - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 10.678/2016, do Estado da Paraíba. (STF - ADI: 5559 PB 4002574-77.2016.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 27/09/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/10/2021) (Destacamos)

<sup>35</sup> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

**I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;**

**II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;**

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (Destacamos).

No entanto, em sendo constatado o dano resultante do processo de controle dos Tribunais de Contas, o autor do ato ilícito deve responder a um processo administrativo disciplinar. O fundamento disso se encontra, primeiramente, na Constituição Federal. Neste sentido, a Carta Magna preceitua no Artigo 37, § 6º, que o agente público causador de dano a terceiros faz com que o Estado seja responsabilizado objetivamente, sendo assegurado o direito de regresso contra o autor do dano administrativo nos casos de dolo ou culpa.

Nessa perspectiva, o Estado deve avaliar a conduta do Controlador que causou dano a terceiros e, assegurando o contraditório e ampla defesa, em sendo constatado o erro grosseiro, deve promover o regresso contra o responsável e sancioná-lo administrativamente.

Neste sentido, a aplicação da punição administrativa deve considerar a gravidade e a natureza da infração, as consequências do dano, as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes e o histórico do autor do dano, notadamente ponderando se ele é primário ou reincidente. A análise dessas peculiaridades é importante para que se evite a aplicação de sanção desproporcional em relação aos fatos subjacentes à punição administrativa.

Como dito, os processos administrativos geram custos para todas as partes. São procedimentos que afetam a órbita econômica de todos os envolvidos e os riscos deles decorrentes não podem ser ignorados, o que, infelizmente, acaba sendo ignorado na prática.

Ainda há no âmbito dos Tribunais de Contas a instauração de processos administrativos que não observam as externalidades que deles podem decorrer e ignoram os efeitos e consequências que eles produzem em sociedade. A responsabilidade da administração pública é, em regra, objetiva e isso significa que a atuação dos órgãos de controle deve ser pautada no zelo com a coisa pública, na observância das normas legais e regulamentares, na gestão econômica e racional dos recursos públicos e conservação do patrimônio da administração, nos termos do que está consignado no Artigo 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Dito isto, a compensação por danos decorrentes dos processos administrativos dos Tribunais de Contas é juridicamente viável e as partes devem observar e cumprir, fielmente, as disposições do art. 27 da LINDB. Neste sentido, as externalidades e os

custos podem ser redistribuídos, bem como os riscos das demandas administrativas. Este dispositivo da LINDB corrobora com a efetividade dos princípios da segurança jurídica e legalidade. A condução dos processos administrativos deve se dar de maneira responsável.

Da mesma forma, os procedimentos licitatórios devem observar o conteúdo e a finalidade do art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pois processos administrativos teratológicos podem dar ensejo à compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos. Isso porque o procedimento de contratação estatal envolve vultuosas verbas públicas, que devem ser utilizadas de forma racional e equilibrada, pois, nos termos da teoria dos custos dos direitos, os recursos são limitados e as necessidades são ilimitadas. E não apenas os direitos possuem custos. Os processos também os tem.

Neste sentido, os procedimentos administrativos que podem culminar em aplicação de medidas restritivas de direitos devem observar as consequências práticas da decisão, principalmente se o conteúdo decisório estiver fundamentado exclusivamente em valores jurídicos abstratos e com alto grau de generalidade.

Neste particular, a decisão que não considera as suas consequências práticas pode ocasionar prejuízos de ordens inimagináveis, principalmente no campo econômico-social, tais como desemprego, monopólios, fechamento de empresas, dentre outros.

Portanto, analisando os custos dos processos administrativos e a redistribuição dos riscos no contexto dos Tribunais de Contas, constatada a consumação de danos, é necessário que se promova a liquidação, em sede de procedimento administrativo, dos prejuízos diretos e indiretos decorrentes da conduta das partes para que haja a transferência de externalidades.

Além disso, é importante que conste já no termo de instauração dos processos administrativos, com fulcro no princípio da eficiência, alertas às partes para que tenham ciência dos riscos que podem advir do procedimento, sendo a elas apontada a necessidade de lealdade processual, haja vista que tanto as autoridades públicas, quanto o particular, devem se pautar suas condutas processuais de acordo com a boa-fé.

Por fim, o tratamento isonômico e igualitário no processo administrativo é condição indispensável ao exercício do direito e faculdades processuais, devendo ser assegurado às partes os meios de defesa previstos em lei e a produção de provas em sede administrativa, sendo vedado o seu indeferimento arbitrário, principalmente quando houver a possibilidade, ainda que mínima, de ser aplicada alguma sanção administrativa.

Do contrário, as externalidades e riscos resultantes dos processos administrativos serão compensados pelos autores dos prejuízos anormais ou injustos impostos à administração e/ou ao particular.

## 4 A AUTORIDADE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Os Tribunais de Contas exercem função administrativa. Muito embora possuam a nomenclatura de “Tribunais”, as Cortes de Contas não estão imbuídas da competência de dizer o Direito, que é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, nos termos da Constituição Federal<sup>36</sup>.

Nesta perspectiva, vamos analisar, de não maneira não exaustiva, alguns aspectos relacionados à autoridade das decisões administrativas dos Tribunais de Contas em questões envolvendo procedimentos licitatórios, refletindo a respeito da atividade de controle no regramento da nova lei de licitações e contratos, a existência (ou não) do poder de cautela das Cortes de Contas e suas repercussões na atividade de controle.

### 4.1 O CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA LEI 14.133/2021 SOB O ENFOQUE DAS CORTES DE CONTAS

A nova lei de licitações trouxe significativas inovações no que diz respeito aos mecanismos de controle dos Tribunais de Contas nos procedimentos licitatórios.

De fato, o controle da legalidade dos atos administrativos, no âmbito das contratações públicas, pode ser feito pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas competente. Contudo, é importante destacar que os Tribunais de Contas apenas interpretam o Direito, pois quem diz o Direito é o Poder Judiciário (SUNDFELD et al, 2017, p. 880).

Com efeito, o procedimento licitatório decorre de uma série de atos administrativos, que podem ser vinculados ou de natureza discricionária. Neste particular, é importante ter em vista que a ideia de discricionariedade já deixou de ser sinônimo de ausência de controle (BUCCI, 2002, p. 265).

---

<sup>36</sup> O art. 92 da Constituição Federal elenca, de maneira taxativa, os órgãos do Poder Judiciário brasileiro são os seguintes: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Os Tribunais de Contas não integram a lista de órgãos do Poder Judiciário.

Diante disso, é interessante analisar alguns aspectos práticos da atuação do sistema de Justiça e das Cortes de Contas no campo da atividade de controle das licitações públicas e contratos administrativos.

Vejamos.

O princípio da inércia da jurisdição vaticina que o Poder Judiciário só atua quando é provocado pelas partes, nos termos do art. 2º do Código de Processo Civil<sup>37</sup>. Deste modo, o Judiciário só exerce o controle do ato administrativo quando a questão é judicializada, o que, em geral, é feito por meio de uma Ação Ordinária ou Mandado de Segurança<sup>38</sup>.

É fato público e notório a lentidão e morosidade do Poder Judiciário brasileiro no julgamento das demandas ajuizadas pela sociedade. A não tramitação dos processos em tempo razoável é uma afronta direta ao Direito Fundamental garantido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna<sup>39</sup>, o que gera descrédito no sistema de justiça. Essa crise é histórica e se dá por diversos fatores, tais como déficit de Magistrados(as) e Servidores(as) nas instâncias ordinárias, alto volume processual<sup>40</sup>, dentre outros.

Além disso, no âmbito da Justiça Comum dos Estados, nos Municípios dotados de Varas Especializadas, as Ações que versam sobre atos administrativos geralmente tramitam nas Varas da Fazenda Pública. Nestes juízos especializados, que também padecem com a malsinada sobrecarga processual, os Magistrados envidam boa parte do tempo de trabalho julgando liminares em matéria de saúde, que têm tramitação preferencial.

---

<sup>37</sup> Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

<sup>38</sup> Direito Fundamental previsto no Artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal de 1988: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”;

<sup>39</sup> A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>40</sup> Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil encerrou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação.

Com isso, não poucas vezes, pedidos liminares em matérias de licitações e contratos administrativos aguardam dias e/ou semanas para serem analisados pelas Varas de Fazenda Pública, uma vez que, na maioria absoluta dos casos, o direito à saúde se sobrepõe à análise de outras questões de direito material.

Outrossim, dentro do Direito Público, os procedimentos licitatórios e contratos administrativos são tratados por uma extensa e complexa legislação, contém temas controversos na doutrina e posicionamentos dos mais variados na jurisprudência.

Nem sempre a especialização dos(as) Magistrados(as) e Servidores(as) é voltada para esta importante matéria do Direito Administrativo e isso é refletido no conteúdo das decisões judiciais em algumas ocasiões, principalmente nos juízos de primeira instância, com fundamentações generalistas e abstratas.

À vista disso, não foi por acaso que a Lei 14.133/2021 acrescentou o inciso IV ao art. 1.048 do Código de Processo Civil determinando a prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, dos processos judiciais que tratam de licitações e contratos administrativos<sup>41</sup>.

A explicação para que o inciso IV fosse acrescido ao art. 1.048 do CPC consiste na urgência que a matéria das licitações e contratos tem no contexto do funcionamento da administração pública e/ou no direito vindicado pelo Licitante ou Contratado.

Nessa perspectiva, quando o Poder Judiciário não consegue entregar a prestação jurisdicional em tempo hábil, o dano geralmente é consumado e/ou a ação judicial perde o objeto.

Neste cenário, quando um licitante questiona ato administrativo que o inabilitou do certame, por mais razão que assista ao interessado, se o Judiciário não intervir rápido, o contrato administrativo decorrente do procedimento licitatório pode ser

---

<sup>41</sup> Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: [...] IV - em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do caput do art. 22 da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021).



executado por outra pessoa jurídica. Com isso, não poucas vezes, o titular do direito via-se prejudicado por conta da morosidade da Justiça<sup>42</sup>, o que é um absurdo.

O que se constata é que Licitantes inabilitados ou desclassificados em procedimentos licitatórios levaram o ato administrativo para o controle do Judiciário e ele não conseguiu entregar a prestação jurisdicional em tempo hábil. Com isso, licitantes que poderiam oferecer uma proposta mais vantajosa à administração são reiteradamente prejudicados por causa da lentidão do Judiciário na solução de conflitos.

Assim, macula-se o princípio Constitucional da eficiência, previsto no art. 37, Caput, da Constituição Federal de 1988. Destarte, a redação do inciso IV do art. 1.048 do Código de Processo Civil tem o objetivo de mudar esse cenário sombrio e vergonhoso.

Por sua vez, para o manejo de Representação ou Denúncia aos Tribunais de Contas não é necessário o pagamento de custas ou taxas. As Cortes de Contas tem poder de cautela e, ante a tal prerrogativa, elas podem determinar a suspensão da licitação, inclusive sem a manifestação prévia da parte contrária. Abordaremos alguns aspectos do poder de cautela dos Tribunais de Contas no tópico 4.2 deste trabalho.

Portanto, se o licitante tem o interesse na suspensão da licitação ou do ato administrativo que versa sobre critérios de legalidade do procedimento licitatório, os efeitos práticos de uma medida cautelar do Tribunal de Contas ou da tutela de urgência do Judiciário, neste caso específico, são exatamente os mesmos.

---

<sup>42</sup> A título de exemplo, é possível destacar a seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. MODALIDADE CONCORRÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELA LICITANTE VENCEDORA. EXAURIMENTO DO CONTRATO PELO DECURSO DO TEMPO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO MANDAMUS. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. APELO NÃO CONHECIDO. Verifica-se no caso dos autos ausência de interesse processual, posto que **houve exaurimento do contrato de licitação pela passagem do tempo, configurando perda superveniente do objeto da demanda**. Ademais, o magistrado de piso negou a liminar e não concedeu a segurança por entender inexistente o direito líquido e certo alegado pelo Impetrante/Apelante. O certame foi homologado pela Administração Pública no ano de 2005 e duas empresas sagraram-se vencedoras e firmaram contrato com a Municipalidade. Logo, o encerramento da licitação, com a homologação, adjudicação e formalização do contrato em favor das empresas licitantes gera a perda superveniente do objeto do mandamus. APELO NÃO CONHECIDO. (Classe:Apelação, Número do Processo: 0019678- 04.2004.8.05.0080, Relator (a): José Olegário Monção Caldas, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 20/07/2016). (Destacamos).

Importa destacar que, na atividade interpretativa do direito, os Tribunais de Contas podem mudar de entendimento a respeito de norma de conteúdo indeterminado que implique em novo dever. Ocorrendo isso, as cortes de Contas devem estabelecer, no próprio conteúdo decisório um regime de transição específico, de modo que a obrigação seja cumprida de forma proporcional. Nestas decisões administrativas, os Tribunais de Contas devem seguir o regramento estabelecido na LINDB<sup>43</sup> - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (MARQUES NETO, 2018, p. 102).

Outrossim, os Tribunais de Contas são dotados de unidades técnicas especializadas em direito administrativo, notadamente em licitações e contratos, o que resulta em robusta e abalizada fundamentação jurídica nos relatórios de instrução processual. A especialidade desses servidores tem relação direta com o conteúdo programático dos concursos públicos promovidos para o preenchimento de cargos nas Cortes de Contas.

Ademais, as Cortes de Contas tem a seu favor um volume de processos menor, quando comparadas ao Judiciário. Por esta razão, seus servidores podem empregar mais tempo às análises processuais das Representações em sede de licitações.

Como dito, os Tribunais de Contas não possuem poderes para executar as suas próprias decisões, uma vez que eles não exercem função jurisdicional. No entanto, os precedentes administrativos têm força vinculante e devem ser observados pela Administração Pública.

Fixadas essas premissas, vamos analisar, a partir de agora, aspectos relacionados ao poder de cautela dos Tribunais de Contas.

---

<sup>43</sup> Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

## 4.2 O PODER DE CAUTELA DAS CORTES DE CONTAS E A SUSTAÇÃO DE ATOS DA LICITAÇÃO

Como explanado no tópico 4.1 deste trabalho, os Tribunais de Contas não compõem a estrutura do Poder Judiciário. Sendo assim, não estão revestidos de competência para executar as suas próprias decisões.

No entanto, as Corte de Contas podem conceder medidas cautelares nos procedimentos licitatórios, principalmente para obstar a consumação de dano ao erário (ROSILHO, 2016, p. 246).

A revogada Lei nº 8.666/93 não tinha um dispositivo expresse tratando do poder de cautela dos Tribunais de de Contas em sede de licitações e contratos. Ela abordava a respeito da possibilidade do uso da Representação por qualquer pessoa, mas nada disciplinou a respeito da concessão de cautelares.

Todavia, a ausência de disposição expressa na antiga lei de licitações e contratos não foi um óbice para a utilização deste instituto pelos Tribunais de Contas, que previam as medidas acautelatórias em seus respectivos Regimentos Internos. Nessa linha, há um bom tempo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconhece a competência dos Tribunais de Contas para a concessão de medidas acautelatórias<sup>44 45</sup>.

---

<sup>44</sup> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. **O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões).** 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (STF - MS: 24510 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/11/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956) (Destacamos)

<sup>45</sup> "Tribunal de Contas da União. Poder geral de cautela. Legitimidade. Doutrina dos poderes implícitos. Precedente (STF). Conseqüente possibilidade de o Tribunal de Contas expedir provimentos cautelares, mesmo sem audiência da parte contrária, desde que mediante decisão fundamentada. Deliberação do TCU, que, ao deferir a medida cautelar, justificou, extensamente, a outorga desse provimento de urgência. Preocupação da Corte de Contas em atender, com tal conduta, a exigência constitucional pertinente à necessidade de motivação das decisões estatais. Procedimento administrativo em cujo âmbito teriam sido observadas as garantias inerentes à cláusula constitucional do "due process of law". deliberação final do TCU que se limitou a determinar, ao diretor-presidente da CODEBA (sociedade de economia mista), a invalidação do procedimento licitatório e do contrato celebrado com a empresa a

Nos processos judiciais, quando resta comprovado nos autos que, simultaneamente, há a probabilidade do direito invocado pela parte e o perigo de consumação de dano ou risco ao resultado útil do processo, o juízo pode conceder tutela de urgência, inclusive liminarmente<sup>46</sup>, ou seja, sem a manifestação da parte contrária. É, pois, o que preceitua o art. 300 do Código de Processo Civil<sup>47</sup>.

Além disso, o CPC fez constar, no seu art. 15, importantíssima regra para aplicação nos processos administrativos, destacando que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Ou seja, as disposições do Código de Processo Civil são aplicáveis aos Processos Administrativos, desde que não haja norma em sentido contrário. Mas é importante destacar que, mesmo antes da entrada em vigor do CPC de 2015, por meio de uma interpretação sistêmica e pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Contas tinham suporte normativo para a concessão de medidas cautelares.

A nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), reforçando o poder de cautela conferido aos Tribunais de Contas, fixou no art. 171, parágrafos 1º e 2º, prazo para o julgamento do mérito da irregularidade, na hipótese da concessão de cautelar que

---

quem se adjudicou o objeto da licitação. Inteligência da norma inscrita no art. 71, inciso IX, da Constituição. Aparente observância, pelo Tribunal de Contas da União, no caso em exame, do precedente que o Supremo Tribunal Federal firmou a respeito do sentido e do alcance desse preceito constitucional (MS 23.550/DF, rel. p/ acórdão o Min. Sepúlveda pertence). Inviabilidade da concessão, no caso, da medida liminar pretendida, eis que não atendidos, cumulativamente, os pressupostos legitimadores de seu deferimento. Medida cautelar indeferida.” (MS 26547 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/2007, publicado em DJ 29/05/2007 PP-00033).

<sup>46</sup> Em regra, as decisões judiciais são proferidas após a manifestação das partes, nos termos do caput do art. 9º do Código de Processo Civil.

<sup>47</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

suspender o processo licitatório<sup>48</sup>, e disciplinou o modo e a forma da suspensão do certame.

Nessa perspectiva, a decisão que suspender o procedimento licitatório deve ser fundamentada pela Corte de Contas, que deve apontar a motivação da suspensão do ato. Neste aspecto, a motivação é requisito indispensável da decisão que suspende o certame licitatório, uma vez que ela permite a verificação e constatação da licitude do ato adotado pelo órgão de controle (DI PIETRO, 2015, p. 26).

Outrossim, em licitações que tenham objetos essenciais ou emergenciais, o Tribunal de Contas tem de definir a metodologia pela qual o interesse público da contratação será garantido, apesar da suspensão do certame.

Ademais, quando do julgamento do mérito da medida cautelar, a Corte de Contas deve consignar na decisão as medidas pertinentes para o saneamento da licitação ou então, caso isso não seja possível, determinar a anulação do procedimento licitatório.

Este procedimento que prioriza o julgamento do mérito da irregularidade apontada na cautelar tem o objetivo de proteger o interesse público da contratação e evitar a consumação de dano pela inviabilidade da assinatura e execução do contrato administrativo, uma vez que, em tese, se há a licitação é porque a administração necessita daquela obra, bem, produto ou serviço.

---

<sup>48</sup> Assim dispõe a Lei 14.133/2021 no art. 171, parágrafos 1º e 2º:

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.

Formulada a Representação à Corte de Contas, a administração pública é chamada a se manifestar. Quando ela apresenta a sua defesa ao Tribunal de Contas Competente, é comum a apresentação do argumento que o particular não impugnou o edital da licitação na esfera de controle interno e que, por isso, teria havido a preclusão do questionamento formulado pelo particular.

Entretanto, a ausência de impugnação do instrumento convocatório antes da sessão da licitação não convalida ilegalidade porventura existente<sup>49</sup>, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Como se observa, a existência de irregularidade que não foi vergastada antes da sessão da licitação não tem o condão de sanar vícios que impliquem na mitigação do princípio da ampla competitividade.

Nesta perspectiva, o interesse público da seleção da melhor proposta se sobrepõe ao excesso de formalismo, que é caracterizado pela aplicação literal e desarrazoada da legislação, sem levar em conta princípios que se adequam melhor ao caso concreto.

Neste sentido, a utilização do excesso de formalismo nos procedimentos licitatórios implica em dizer que a forma é mais importante que o seu conteúdo, ao passo que a análise sistêmica da Lei de Licitações vaticina exatamente o contrário, haja vista que um dos objetivos mais importantes dos procedimentos licitatórios é a seleção da proposta mais vantajosa, que jamais deve ser alijada em nome de um erro meramente formal.

Deste modo, levada a matéria ao Tribunal de Contas competente e sendo constatado o risco de dano ao erário decorrente da má aplicação da Lei de Licitações, cumulado com a probabilidade do direito vindicado, as Cortes de Contas podem determinar a suspensão de certames licitatórios.

---

<sup>49</sup> “[...] Deveras a preclusão do direito de impugnar e a vinculação ao edital são normas a serem respeitadas no curso de um processo de contratação, sendo fundamentais para a manutenção da segurança jurídica e para o fomento de um ambiente de confiança na Administração por parte dos seus parceiros privados. Contudo não são absolutas, já que **um vício de edital não se convalida pela sua não impugnação ao tempo adequado ou simplesmente pelo argumento de que o edital fez lei entre as partes e, por isso, seria imodificável**”. (TCU - RP: 00005620189, Relator: AUGUSTO NARDES, Data de Julgamento: 16/05/2018, Plenário). (Destacamos).

Com efeito, as sessões de abertura dos documentos de habilitação, propostas técnicas e propostas de preços envolvem uma das etapas mais complexas dos procedimentos licitatórios, que é a chamada fase externa. É nesse momento que a administração, paralelamente aos demais licitantes, analisa os documentos de cada um dos interessados para constatar a observância (ou não) dos requisitos previstos em lei e no edital.

O desenvolvimento da fase externa culmina na decisão administrativa que versa a respeito dos licitantes habilitados, bem como na publicação dos resultados sobre as propostas técnicas e propostas de preços. É neste ponto que se encontra boa parte dos litígios, em matérias de licitações, que chegam aos Tribunais de Contas do país. Ao provocar as Cortes de Contas, o interessado pode requerer medida cautelar, que pode ser, inclusive, ser concedida de ofício pelo Relator.

Como dito, as medidas cautelares têm como objetivo a garantia da eficácia da atuação administrativa. Nesse aspecto, o uso do poder de cautela dos Tribunais de Contas tem arrimo na Constituição Federal<sup>50</sup>, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União<sup>51</sup>, no Regimento Interno do TCU<sup>52</sup> e dos Tribunais de Contas Estaduais<sup>53</sup>,

---

<sup>50</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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 1992.

<sup>53</sup> A título de exemplo, o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Ceará consigna, no art. 16, que “em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Relator poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar as medidas cautelares previstas neste Regimento, com ou sem a prévia oitiva da autoridade, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado”.

Municipais <sup>54</sup> e, recentemente, pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, especialmente pelas disposições do art. 171, § 1º.

Apesar de, até a presente data, não existir, um Código de Processo Administrativo, o fundamento jurídico das medidas cautelares nos Tribunais de Contas também pode ser extraído do Código de Processo Civil. Neste sentido, o CPC consigna, no art. 15, que a falta de normas regulamentando processos de natureza administrativa implica na utilização, de maneira suplementar ou subsidiária, das disposições da lei adjetiva civil.

Nessa perspectiva, o regramento previsto no Código de Processo Civil é aplicado, de maneira supletiva e subsidiária, aos processos administrativos em geral, o que inclui, obviamente, os procedimentos que tramitam perante os Tribunais de Contas do país.

Neste aspecto, a utilização do CPC aos procedimentos cautelares das Cortes de Contas não se trata de uma mera faculdade do intérprete, mas de uma obrigação, haja vista que o legislador valeu-se do vocábulo “devem” no art. 15.

Deste modo, como há expressa autorização legislativa para o uso do Código de Processo Civil aos procedimentos administrativos, e considerando que inexistente um Código de Processo Administrativo no Brasil, as disposições do art. 300, § 2º, do CPC também podem ser invocadas como fundamento jurídico para a concessão de medidas cautelares nos Tribunais de contas, inclusive sem a prévia manifestação da parte contrária.

Dessa maneira, as disposições dos artigos 15 e 300, § 2º, também são aplicadas aos procedimentos administrativos que tramitam nos Tribunais de Contas, o que autoriza, por conseguinte, que esses órgãos de controle externo concedam medidas cautelares sem que haja a prévia manifestação da parte contrária.

Além disso, é importante destacar que o poder de cautela dos Tribunais de Contas tem relação direta com a chamada teoria dos poderes implícitos (SANTOS,

---

<sup>54</sup> O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia dispõe, no seu art. 203, § 1º, que “poderão ser adotadas medidas cautelares sem prévia oitiva do responsável ou do interessado, quando a efetividade da medida proposta puder ser obstruída pelo conhecimento antecedente do incidente pela parte, sem prejuízo da sua manifestação ou de procurador devidamente constituído, por intermédio de sustentação oral ou outro meio de defesa, durante a sessão na qual o Colegiado promoverá a apreciação da medida”.



2022, p. 235), oriunda da Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente *McCulloch v. Maryland*, de 1819. Nesse processo, a Corte Suprema norte-americana entendeu que a Constituição não teria como prever todos os poderes necessários para o alcance de determinados objetivos. Aqui no Brasil, o Supremo Tribunal Federal costuma invocar o precedente norte-americano para aplicar a teoria dos poderes implícitos aos seus julgados<sup>55</sup>.

De fato, o primordial objetivo das medidas cautelares concedidas pelos Tribunais de Contas é evitar a perpetração de dano irreparável ou de difícil reparação, impedindo contratações temerárias, ilegais e que colocam em risco os recursos públicos.

Boa parte das Representações e Denúncias dirigidas aos Tribunais de Contas envolve problemas ocorridos em procedimentos licitatórios, principalmente com a violação da legalidade administrativa e à ampla competitividade dos certames, o que demanda das Cortes de Contas a adoção de medidas rápidas e eficazes.

Nesse cenário, a Lei 14.133/2021 trouxe inovações sobre as consequências da concessão de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas. Agora, ao deferir requerimento cautelar de suspensão do certame, os Tribunais de Contas devem especificar, de maneira objetiva e devidamente fundamentada, os motivos pelos quais o procedimento licitatório está sendo suspenso.

Do mesmo modo, as Cortes de Contas, quando da suspensão cautelar de licitações, tem de consignar na decisão administrativa a forma pela qual será garantida a satisfação do interesse público que foi temporariamente paralisado pelo Tribunal, isso para as hipóteses de bens e/ou serviços essenciais ou de contratos emergenciais.

---

<sup>55</sup> [...] “Incorporou-se, em nosso ordenamento jurídico, portanto, também em relação à Defensoria Pública, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, segundo a qual, no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (*Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118*), consagrando-se, dessa forma – e entre nós aplicável também à Defensoria Pública –, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que permitam o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal”. (ADI 6875, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 16-03-2022 PUBLIC 17-03-2022).

Nesse contexto, deferida a cautelar de suspensão da licitação, a Lei 14.133/2021 consignou que o Tribunal de Contas deve julgar o mérito do processo que deu origem à suspensão do procedimento licitatório em até 25 (vinte e cinco) dias úteis, sendo admitida a prorrogação desse prazo, por igual período, apenas e tão somente por uma vez.

Ademais, quando do julgamento definitivo do mérito, os Tribunais de Contas devem apontar medidas alternativas para que o procedimento licitatório seja saneado ou, na hipótese da impossibilidade do saneamento, as Cortes de Contas devem determinar aos agentes públicos responsáveis a anulação do certame<sup>56</sup>.

Com efeito, mister evidenciar que as decisões dos Tribunais de Contas possuem natureza jurídica de atos administrativos. Deste modo, elas estão sujeitas ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

#### 4.3 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EM SEDE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A Lei 8.666/93 tratava das sanções administrativas, em matérias de licitações e contratos, nos arts. 81 a 88, e ainda assim de maneira genérica. Por sua vez, a Lei 14.133/2021 aprofundou, de maneira significativa, a tipificação das infrações praticadas por licitantes e contratados e elencou diversas condutas que dão ensejo à aplicação de penalidades de natureza administrativa.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos manteve as sanções que já eram previstas na legislação anterior: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Neste sentido, oportuna transcrição do seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal: “De acordo com a jurisprudência do STF, **“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”** (MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01). Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei”. (MS 26000, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2012 PUBLIC 14-11-2012). (Destacamos)

<sup>57</sup> Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:  
I - advertência;

Na vigência da Lei 8.666/93, a tipificação dos ilícitos administrativos era genérica e abstrata, e isso era reconhecido pelo Tribunal de Contas da União<sup>58</sup>, que orientava, por sua jurisprudência, que a aplicação das sanções administrativas tinha de ser pautada por critérios razoáveis.

Apesar de conter um rol de condutas tipificadas como ilícitos de natureza administrativa no art. 155, a Lei 14.133/2021 não abandonou a adoção de critérios proporcionais e razoáveis para a imposição de sanções administrativas. Neste sentido, as punições, quando aplicadas, devem observar, obrigatoriamente, critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como as circunstâncias agravantes e atenuantes, natureza e gravidade do ilícito<sup>59</sup>, dentre outros, nos termos do art. 156, § 1º da Lei 14.133/2021.

Como dito, a nova lei de licitações previu a imposição de 4 (quatro) sanções administrativas: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

Nesse cenário, a sanção de advertência será aplicada apenas e tão somente se o contratado der causa à inexecução parcial do contrato administrativo. Ainda assim, essa sanção só será aplicada de forma isolada se o contexto não demandar a imposição de sanção mais rígida. Isso porque a inexecução parcial de contrato administrativo pode ser tão grave, ao ponto de comprometer a atividade administrativa e serviços públicos essenciais, que a imposição da sanção de advertência não será suficiente para a concretização do caráter pedagógico da punição administrativa.

---

II - multa;  
III - impedimento de licitar e contratar;  
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

<sup>58</sup> “[...] Por certo, não poderia o legislador prever todas as ocorrências que justificassem aplicação da sanção. Nesse contexto, os dispositivos conferem ao administrador permissão para, a partir de uma interpretação razoável da lei, identificar nos casos concretos a situação genérica legalmente prevista que enseja a aplicação da sanção”. (TCU - DEN: 01268820150, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data de Julgamento: 04/12/2019, Plenário)

<sup>59</sup> § 1º Na aplicação das sanções serão considerados:  
I - a natureza e a gravidade da infração cometida;  
II - as peculiaridades do caso concreto;  
III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;  
IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;  
V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

A segunda sanção administrativa em matéria de licitações e contratos administrativos é a multa, que está prevista no inciso II do art. 156 da Lei 14.133/2021. A sanção de administrativa de caráter pecuniário deve ser apurada na estrita forma prevista no instrumento convocatório da licitação e/ou no contrato administrativo. Ela não poderá, em hipótese alguma, ser menor que 0,5% (cinco décimos por cento) nem maior que 30% (trinta por cento) do valor global do contrato.

A penalidade de multa sempre será aplicada ao licitante e/ou contratado quando restar demonstrado que ele perpetró uma ou mais das infrações administrativas tipificadas no art. 155 da Lei 14.133/2021<sup>60</sup>.

A terceira penalidade administrativa em matéria de licitações e contratos administrativos é a sanção de impedimento para licitar e contratar. Essa punição administrativa é mais grave que a advertência e a multa.

A sanção de impedimento para licitar e contratar será aplicada se houver a subsunção, do licitante e/ou contratado, a pelo menos 1 (uma) das 7 (sete) hipóteses a seguir:

- A) Se ele tiver dado ensejo à inexecução parcial do contrato;
- B) Se ele tiver dado causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- C) Se ele der causa à inexecução total do contrato;
- D) Se ele não entregar a documentação exigida para o certame;
- E) Se ele não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

---

<sup>60</sup> Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

- I - dar causa à inexecução parcial do contrato;
- II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;
- III - dar causa à inexecução total do contrato;
- IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

- F) Se ele não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- G) Se ele ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

Nesse contexto, é importante destacar que a penalidade de impedimento para licitar e contratar com a administração pública só será aplicada quando não houver justificativa para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública, que é a penalidade mais gravosa em sede de licitações e contratos administrativos, consoante dispõe o § 4º do art. 156 da Lei 14.133/2021<sup>61</sup>.

Com efeito, a sanção de impedimento para licitar produzirá efeitos apenas e tão somente em relação ao ente federativo que aplicar a sanção, nos exatos termos do § 4º do art. 156 da Lei 14.133/2021. Esse dispositivo resolveu antiga controvérsia a respeito do âmbito de incidência da penalidade administrativa de suspensão do direito de licitar.

Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União entendia que a penalidade de suspensão temporária para licitar e contratar só produzia efeitos em relação ao ente que tinha aplicado a sanção<sup>62</sup>. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça adotava

---

<sup>61</sup> “A sanção prevista no inciso III do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos”.

<sup>62</sup> “[...] 7. Consoante se lê dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para “Administração Pública” e para “Administração” são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87. [...] 9. As sanções dos incisos III e IV guardam um distinto grau de intensidade da sanção que deve ser preservado pelo intérprete, principalmente ao se considerar que referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção, tendo ao contrário adotado o denominado tipo aberto, no qual a descrição abstrata da conduta é extremamente ampla, o que permite ao aplicador do Direito larga margem de atuação no tocante à posterior adequação típica da conduta praticada em concreto. 10. Portanto, se, diante desse quadro, ainda for se admitir que o alcance de ambas sanções é o mesmo, praticamente não mais haverá distinção entre essas sanções, o que milita contra a dosimetria da pena e, por consequência, contra a necessária proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade. 11. Além disso, chamo a atenção para o fato de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Ou seja, vê-se que para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-lo à apreciação do titular da respectiva pasta de governo. 12. Nessa mesma linha, observo que a Lei nº 8.443/92, ao prever a competência do TCU para aplicar a sanção de

entendimento no sentido de que os efeitos da penalidade de suspensão do direito de licitar e contrato aplicada por um ente da Administração Pública eram estendidos aos demais<sup>63</sup>.

A Lei 14.133/2021, elidindo a controvérsia, consagrou o entendimento do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria e os efeitos da penalidade administrativa de impedimento para licitar e contratar, a partir da edição do novo diploma normativo, só produzem efeitos em relação ao ente que aplicou a sanção.

Isso significa, por exemplo, que um particular pode sofrer a penalidade de impedimento para licitar e contratar com determinado Município pelo período de até 03 (três) anos, mas ele não estará proibido de participar de licitações promovidas pela União ou Estados enquanto estiver sob os efeitos da sanção aplicada pelo ente municipal.

Trata-se de uma opção legislativa coerente e que resolveu grave de ordem prática, pois a extensão dos efeitos da sanção de impedimento para licitar e contratar para toda a administração pública brasileira seria medida extremamente desproporcional, pois os ilícitos administrativos que dão ensejo a esse tipo de penalidade não são as condutas classificadas como as mais reprováveis pelo legislador.

Por outro lado, a situação muda com os casos que envolvem a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar. Essa penalidade será aplicada nos

---

inidoneidade, restringiu os seus efeitos à esfera federal. Eis a redação do citado artigo: Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. 13. Desse modo, não me parece razoável admitir que a sanção de suspensão temporária prevista no inciso III do art. 87, cuja competência para a sua imposição é do próprio gestor do órgão contratante, tenha um alcance maior do que a sanção de inidoneidade imposta pelo TCU". (Acórdão 3243/2012 - Plenário, Processo 013.294/2011-3, Relator: UBIRATAN AGUIAR, Data de Julgamento: 28/11/2012)

<sup>63</sup> "[...] é irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da suspensão de participação de licitação não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública." [...] (STJ - REsp: 151567 RJ 1997/0073248-7, Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Data de Julgamento: 25/02/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.04.2003 p. 208 RSTJ vol. 170 p. 167).

casos que envolvam a apresentação de declaração, informação ou documento falso para participar da licitação ou para executar o objeto do contrato administrativo.

A declaração de inidoneidade para licitar e contratar também é aplicada quando há fraude à licitação ou prática de conduta fraudulenta na execução do contrato administrativo. A fraude pode ser entendida, por exemplo, como ato ímprobo, inidôneo, fraudulento, corrupto, que atente contra os princípios do art. 37 da Constituição Federal, bem como a consumação ou tentativa de cometimento de qualquer ilícito de natureza penal nos procedimentos licitatórios e/ou nos contratos administrativos.

Ora, nos termos do art. 11 da Lei 14.133/2021, as licitações têm por objetivos a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, a garantia da isonomia entre os interessados em contratar com o poder público, a não contratação de propostas superfaturadas ou inexequíveis e o incentivo a inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável. Neste sentido, a frustração de qualquer desses objetivos dará ensejo à aplicação da penalidade administrativa de declaração de inidoneidade para licitar e contratar. O mesmo ocorre com quem pratica ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013<sup>64</sup>.

É importante destacar que as hipóteses previstas para a aplicação das penalidades de impedimento também podem implicar na imposição da penalidade de

---

<sup>64</sup> Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

declaração de inidoneidade, quando os fatos e as circunstâncias autorizarem a imposição de punição mais rígida.

Ou seja, com a edição da Lei nº 14.133/2021, praticamente todos os ilícitos administrativos tipificados na nova lei de licitações podem dar ensejo à sanção de declaração de inidoneidade para licitar.

O novo diploma normativo trouxe, com maior clareza, as hipóteses de incidência das penalidades administrativas, o que acarreta em maior segurança jurídica para a administração pública e implica na garantia ao particular de não ser penalizado por tipificações genéricas e abstratas, como ocorria no contexto da Lei nº 8.666/93.

Feitas essas considerações, é importante destacar que a penalidade administrativa de multa pode ser aplicada, de forma concomitante, com as sanções de impedimento de licitar e contratar e com a punição de declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

Por ser a penalidade administrativa mais gravosa, a declaração de inidoneidade para licitar e contratar será aplicada pelo prazo mínimo de 3 (três) e máximo de 6 (seis) anos. A lei antiga apontava prazo máximo de 5 (cinco) anos para essa penalidade específica. Sem dúvidas, o legislador foi mais rígido na disciplina das sanções administrativas, quando elas são comparadas com o regramento previsto na revogada Lei 8.666/93.

Para ser aplicada, a penalidade administrativa de declaração de inidoneidade depende de ato administrativo da autoridade máxima do órgão no qual tramita o processo administrativo. Se for aplicada pelo Poder Executivo, a competência para aplicação da inidoneidade será de Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Secretário Municipal.

Por sua vez, quando aplicada pelos Poderes Judiciário e Legislativo, ou pela Defensoria Pública ou Ministério Público, no exercício da função administrativa, a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar será imposta por autoridade de nível hierárquico semelhante ao Poder Executivo

Neste viés, a aplicação de qualquer das sanções administrativas não elide o dever de reparação que o responsável pelo dano tem em relação à administração pública. Tratam-se, pois, de circunstâncias distintas. A imposição de sanções



administrativas é um poder-dever da administração pública, ao passo que a obrigação de reparação do dano é decorrência da responsabilidade civil do particular que causou dano ao Estado.

Além disso, é importante destacar que a multa não pode ser aplicada por ato unilateral da administração pública. A sanção de natureza pecuniária tem de ser, obrigatoriamente, precedida da defesa do acusado, garantindo-se, inclusive, o direito à produção de prova, caso requerido. O prazo para apresentação de defesa em relação à imposição de multa é de 15 (quinze) dias úteis.

A aplicação das penalidades de advertência, impedimento do direito de licitar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar requerem a instauração de processo administrativo. A comissão Processante deve ser composta por, no mínimo, 2 (dois) servidores públicos estáveis. Nesse contexto, a defesa escrita do licitante ou contratado deve ser apresentada à Comissão Processante no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados a partir da data de intimação, sendo garantido ao acusado o direito à produção das provas.

Na contagem do prazo para apresentação de Defesa, é importante destacar que há, aqui, uma pequena diferença em relação ao processo civil. O Código de Processo Civil vaticina que o termo inicial da contagem do prazo é, em regra, a data da juntada do mandado cumprido por oficial de justiça ou a data da juntada do aviso de recebimento pelos correios<sup>65</sup>. No entanto, nos processos administrativos que apuram ilícitos de natureza administrativa em sede de licitações e contratos, o termo inicial do prazo de defesa é contado a partir da data da efetiva intimação.

A defesa administrativa deve apontar as razões de fato e de direito do acusado e é preferível que ela seja elaborada por Advogado, principalmente porque uma das possíveis consequências do processo administrativo é a imposição de penalidade restritiva de direitos.

Tendo em vista que é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo sancionador, o momento adequado para acusado discutir o conteúdo

---

<sup>65</sup> Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

fático-probatório do problema que o envolve é no exercício do direito de defesa na esfera administrativa. Daí a importância da Advocacia na defesa do acusado nos processos administrativos sancionatórios.

Como dito, o acusado deve apresentar Defesa escrita em até 15 (quinze) dias úteis e requerer, de modo específico, a produção de provas, que é um direito fundamental previsto na Constituição Federal. Por este motivo, para indeferir a produção das provas requeridas na Defesa, a Comissão Processante tem de estar convencida, àquela altura da instrução processual, que o acusado não cometeu qualquer infração administrativa. Nesse sentido, se ainda houver dúvidas ou controvérsias a respeito do cometimento de algum ilícito administrativo, as provas requeridas pela Defesa têm de ser, obrigatoriamente, produzidas, sob pena de violação ao contraditório e ampla defesa.

Nesse aspecto, a produção de provas não é um capricho da defesa, ou boa vontade da Comissão Processante. A produção de provas é um direito fundamental do acusado, garantido pela Constituição Federal, e têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º.

Após a instrução processual e a juntada de novos documentos e/ou informações, o acusado deve ser intimado para apresentar alegações finais, também no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da data da intimação. A não observância dessas disposições implica na nulidade de toda e qualquer sanção administrativa.

A nova lei de licitações também tratou de disciplinar a incidência da prescrição para a aplicação das sanções administrativas. Nessa perspectiva, a prescrição dar-se-á em 5 (cinco) anos e começa a ser contada a partir do momento em que a administração toma ciência da suposta infração praticada pelo licitante ou contratado.

Nesse aspecto, a prescrição é interrompida com a instauração do processo administrativo, com a celebração de acordo de leniência previsto na Lei 12.846/2013, ou por decisão judicial que torne inviável a conclusão do procedimento na seara administrativa.

Contudo, o art. 158 da Lei 14.133/2021 não tratou da prescrição intercorrente nos processos administrativos.

Ficaria, então, o particular, após a instauração do processo administrativo, sob a mira da espada da administração pública por prazo indeterminado? A resposta é

não. Isso porque, para os procedimentos administrativos, o exercício da pretensão punitiva estatal é de 3 (três) anos<sup>66</sup>, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999.

Nas lições de Everson da Silva Biazon, a Lei 14.133/2021 dialoga com a Lei 9.873/99<sup>67</sup>, pois essa é norma geral que trata da prescrição no âmbito da administração pública federal.

À vista disso, a ausência de norma estadual ou municipal disciplinando a incidência da prescrição aos processos administrativos que tratam de ilícitos administrativos tipificados na Lei de Licitações e Contratos vai ensejar na aplicação da Lei 9.873/99 por analogia, nos termos do art. 4º da LINDB, que dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ora, a analogia é um critério lógico e racional, pois aplica o direito com base na congruência legislativa. Assim, a falta de disposição específica da prescrição intercorrente na Lei 14.133/2021 não afasta a aplicação do instituto aos processos administrativos.

Convém destacar que a incidência das sanções administrativa alcança a figura dos sócios da pessoa jurídica penalizada em processo administrativo regular. Isso porque a prática revela ser muito comum que os titulares de empresas sancionadas constituam outras pessoas jurídicas para continuar operando no mercado, em especial para participar de novas licitações públicas e firmar contratos administrativos.

Para tais casos, poderá ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica do licitante ou contratado sancionado pela administração pública, e isso será feito sempre que houver abuso de direito ou confusão patrimonial.

---

<sup>66</sup> Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

<sup>67</sup> BIAZON, Everson da Silva. **A prescrição na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/everson-biazon-prescricao-lei-licitacoes>. Acesso em: 13 nov. 2022.

Após a aplicação de qualquer das sanções administrativas tipificadas na Lei de Licitações e Contratos, a administração deve publicar as informações sobre a pessoa jurídica sancionada no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), atendendo ao princípio da publicidade.

Além disso, para as hipóteses de cumulação de sanções administrativas aplicadas à mesma pessoa jurídica e decorrentes de licitações e/ou contratos distintos, o Poder Executivo deve regulamentar a forma da contagem das penalidades e a consequência da soma dessas punições administrativas.

Antes do término do prazo de vigência das sanções, o particular pode ser reabilitado perante a administração pública para participar de novas licitações e firmar novos contratos administrativos. Para tanto, é necessário que ocorra a total reparação do dano causado, a quitação da multa, o transcurso mínimo de 1 (um) ano, para os casos de impedimento de licitar e contratar, e/ou 3 (três) anos para os casos que envolvam a declaração de inidoneidade.

Outrossim, tem de haver a satisfação das condições de reabilitação determinadas na Portaria sancionadora e um parecer jurídico favorável evidenciando o cumprimento dos requisitos legais para que o particular seja reabilitado.

Ademais, aqueles que foram penalizados com a declaração de inidoneidade para licitar e contratar, para que usufruam os benefícios da reabilitação antes do término da sanção, devem demonstrar a implantação ou aperfeiçoamento de programa de *compliance*.

## **5 O SISTEMA DE CONTROLE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Está no âmbito da competência dos Tribunais de Contas conhecer das Representações e Denúncias formuladas pela sociedade a respeito dos gastos públicos. Essa atribuição das Cortes de Contas tem a finalidade de promover o controle social das contratações públicas, principalmente para apurar a existência de irregularidades ou ilegalidades nos procedimentos licitatórios.

Nestes certames, os atos administrativos que versam, por exemplo, sobre habilitação e inabilitação de licitante, classificação e desclassificação de propostas técnicas, exequibilidade das propostas de preços e impugnações de instrumentos convocatórios são alvos constantes de controle interno, externo e judicial.

Neste cenário, as respostas apresentadas pelas instituições de controle quando elas são provocadas possuem, não poucas vezes, diferentes graus de efetividade e eficácia, o que gera reflexos diretos na forma como as autoridades atuam na condução dos certames licitatórios.

À vista disso, a partir deste ponto, e sem esgotar o tema, vamos analisar a eficácia dos Tribunais de Contas do país no controle das licitações e contratos administrativos, principalmente quando essas Cortes de Contas atuam mediante provocação da sociedade pelo uso das Representações administrativas.

Além disso, enfrentaremos o problema de pesquisa deste trabalho, que consiste em analisar as semelhanças e/ou diferenças entre os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário no controle da legalidade das licitações e contratos administrativos.

Outrossim, por meio de breves reflexões, serão analisados alguns aspectos do sistema de controle externo envolvendo irregularidades ou ilegalidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos administrativos.

### **5.1 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DE LEGALIDADE**

A atividade de controle tem como um dos seus objetivos fiscalizar a legalidade dos atos administrativos. Nesse sentido, o controle dos atos da administração pública

ocorre tanto por meios jurídicos quanto administrativos e essa fiscalização tem relação direta com a segurança jurídica.

À vista disso, por meio do controle dos atos administrativos, a sociedade pode constatar a legitimidade, legalidade e conveniência das ações estatais. É a partir deste ponto que surge a ideia de *accountability*, que consiste, em relação aos agentes estatais, no dever de prestar contas à sociedade e na possibilidade de se responsabilizar as autoridades por eventual ato ilícito praticado (TEIXEIRA et al, 2010).

Ora, praticamente toda a atuação da administração pública está sujeita ao controle dos Tribunais de Contas (CHUDZIJ, 2020, p. 287). Neste cenário, o fundamento Constitucional da atuação da Corte de Contas da União para apurar irregularidades ou ilegalidades está no art. 74, § 2º, da Carta Magna, que diz que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Essa disposição constitucional reforça a concepção de que a *accountability* está umbilicalmente ligada à idéia de democracia, prestação de contas e possibilidade de responsabilização (PINHO; SACRAMENTO, p. 1348).

Nos termos da Constituição Federal, o rol de legitimados para provocar os Tribunais de Contas, a respeito de irregularidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é bem amplo. Isso significa que o manejo da Representação às Cortes de Contas não implica em grandes formalidades para que reste demonstrada a legitimidade ativa. Basta que, paralelamente à demonstração de irregularidade na aplicação da lei de licitações, o Representante se identifique para que reste caracterizado o interesse de agir.

Com efeito, a boa governança dos recursos públicos é uma das imposições do controle horizontal praticado pelos Tribunais de Contas (ROCHA; ZUCCOLLOTTI; TEIXEIRA, 2020, p.205). E não poderia ser diferente com o controle social das contratações públicas, pois a promoção da efetividade, eficiência e eficácia na gestão

dos recursos públicos é uma imposição legal, especialmente por força do art. 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021<sup>68</sup>.

Feitas estas considerações, é importante frisar que o controle dos atos da administração pública é classificado em interno e externo. O controle interno é feito no âmbito da esfera de atuação da própria administração, como ocorre quando a Comissão de Licitações local conhece e julga Recurso Administrativo de qualquer um dos participantes do certame por ela promovida. Por sua vez, o controle externo se dá quando a fiscalização ocorre por órgão distinto do qual o ato administrativo se originou, como ocorre nos casos de Representações levadas ao conhecimento dos Tribunais de Contas.

Deste modo, no que diz respeito à fiscalização da aplicação da lei de licitações e contratos administrativos, os Tribunais de Contas exercem a função de controle externo quando são provocados a se manifestar por qualquer pessoa que faça uso do instituto da Representação.

Além disso, os atos administrativos podem ser levados ao Judiciário para que este exerça a jurisdição no sentido de aferir apenas o requisito da legalidade. Isso porque, tendo em vista o princípio da separação dos poderes, ao Judiciário é vedado adentrar no mérito<sup>69</sup> do ato administrativo (OLIVEIRA, 2013, p. 92).

Neste viés, como já destacado no Capítulo 4 deste trabalho, os Tribunais de Contas não exercem atividade jurisdicional, função essa que pertence exclusivamente ao Poder Judiciário. As Cortes de Contas exercem atividade de controle externo dos atos da administração e atuam visando assegurar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1072).

As contratações do Estado estão submetidas ao controle social e, neste sentido, tem como uma das suas linhas de defesa os Tribunais de Contas, que podem apurar infrações administrativas. Isso porque a gestão administrativa dos contratos

---

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> Os Tribunais de Contas também não ingressam no mérito do ato administrativo, haja vista que esta prerrogativa é exclusiva da administração pública.

públicos tem de ser feita com base nos princípios da eficiência, eficácia e efetividade para produzir o resultado mais vantajoso à Administração e o controle social das licitações é uma das formas de expressão da democracia participativa.

Destarte, os Tribunais de Contas apuram as infrações administrativas por meio de procedimentos próprios quando constata irregularidades nos procedimentos licitatórios que implicam em dano à Administração e, além de apurar os ilícitos administrativos, remetem ao Ministério Público competente a cópia dos autos para que haja a apuração dos ilícitos de natureza penal.

Um dos principais encargos da atividade de controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas é, no que tange às políticas públicas de controle de legalidade, é a intervenção técnica com a finalidade de melhorar a eficiência dos recursos públicos disponíveis à administração, especialmente para que os gestores viabilizem e implementem os direitos fundamentais no exercício da atividade administrativa (CHUDZIJ, 2020, p. 292).

## 5.2 A PROVOCAÇÃO DO JUDICIÁRIO E DAS CORTES DE CONTAS NO CAMPO DAS LICITAÇÕES E SUAS LIGAÇÕES COM O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Os procedimentos licitatórios, não poucas vezes, são submetidos ao controle de legalidade efetuado pelo Poder Judiciário. Neste aspecto, o controle judicial da legalidade das licitações pode decorrer da provocação do Ministério Público, dos Licitantes ou de qualquer Cidadão.

Nesse sentido, a Lei 14.133/2021 vaticina que a legitimidade para impugnar o instrumento convocatório pertence a qualquer pessoa<sup>70</sup>, reforçando a ideia de controle social da administração pública. A impugnação, de início, pode ser feita em âmbito administrativo. Se a administração, por qualquer motivo, não anular a ilegalidade denunciada, a legitimidade universal para impugnar as irregularidades em editais de licitações pode ser utilizada na via judicial, principalmente por força do princípio da

---

<sup>70</sup> 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.



inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal<sup>71</sup>.

Como apontado no item 4.1 deste trabalho, a Lei 14.133/2021 trouxe importante mudança nos procedimentos judiciais que têm causa de pedir com fulcro na nova Lei de Licitações. Trata-se da prioridade de tramitação dos processos judiciais que envolvam procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

Nessa perspectiva, a prioridade de tramitação dos processos judiciais que versam sobre licitações e contratos administrativos é justificada pelo interesse público subjacente à solução do conflito, pois as repercussões das decisões ultrapassam os interesses subjetivo das partes.

Uma decisão liminar deferida pelo Judiciário pode, por exemplo, suspender a execução de obra pública, impedir o prosseguimento de um contrato administrativo ou sustar os efeitos de uma sanção administrativa de suspensão do direito de licitar.

Com efeito, os processos judiciais que discutem a aplicação da lei de licitações tratam de matérias complexas, urgentes e de forte repercussão social, o que justifica a adoção do critério da prioridade de tramitação em qualquer grau de jurisdição.

Ora, a judicialização do conflito não concede ao Poder Judiciário legitimidade para ingressar no mérito do ato administrativo. A atuação do Juiz estará adstrita ao controle de legalidade do ato impugnado, aplicando o direito em aspectos relativos aos princípios da administração pública, especialmente os da razoabilidade e proporcionalidade, e analisando matérias envolvendo o devido processo legal no âmbito administrativo.

Neste sentido, a legitimidade para a atuação do Poder Judiciário se dá quando há a constatação de inconstitucionalidade ou ilegalidade no caso concreto, o que autoriza a anulação do ato impugnado na via judicial.

Com os certames licitatórios não é diferente. Na qualidade de procedimentos administrativos que são, as licitações exigem a observância dos princípios administrativos e devem cumprir, fielmente, ao que vaticina a Constituição Federal e a legislação correlata.

---

<sup>71</sup> A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesta perspectiva, no curso dos certames, não poucas vezes, os licitantes deparam-se com questões relativas à habilitação dos participantes e a respeito da classificação de propostas. A não concordância com a decisão administrativa implica no direito ao manejo do recurso administrativo, nos termos do art. 165, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Lei 14.133/2021<sup>72</sup>.

Assim, cumpridas as formalidades previstas na legislação, o licitante faz uso do recurso administrativo e leva à administração as suas razões de fato e de direito para que, em sendo o caso, a autoridade responsável negue ou dê provimento à pretensão do interessado. Além disso, não se pode olvidar que a decisão administrativa deve ser motivada, qualquer que seja o seu conteúdo, explicitando as razões invocadas pela administração no entendimento adotado.

Neste sentido, a motivação das razões administrativas é condição fundamental para o controle de legalidade do ato vergastado, pois é nela que se observará (ou não) o cumprimento da lei no procedimento licitatório. Diante disso, se a decisão administrativa não estiver municiada com o que dispõe a legislação, o Judiciário poderá ser provocado e anular o ato tido por ilegal.

A questão não é simples e gera disputas e controvérsias de ordem prática que são judicializadas constantemente.

Em procedimentos licitatórios, os editais, por exemplo, frequentemente exigem a apresentação de balanço patrimonial. Não há problema nesta exigência, pois a revogada Lei 8.666/93 já previa, no art. 31, inciso I<sup>73</sup>, a apresentação deste documento contábil, regra essa repetida na Lei 14.133/2021 no art. 69, inciso I<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

[...]

b) julgamento das propostas;

c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

<sup>73</sup> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

<sup>74</sup> Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório,

A controvérsia reside, contudo, na possibilidade da administração exigir, no instrumento convocatório, que este balanço patrimonial esteja registrado perante a Junta Comercial ou o Conselho Profissional que o licitante está sediado. É importante destacar que a legislação correlata não exige o registro do balanço perante Juntas Comerciais e/ou Conselhos Profissionais.

Assim, quando há a exigência do registro do documento contábil e algum dos licitantes não possui o balanço registrado, é comum que a questão seja levada ao Judiciário, pois a administração pública comumente entende pela obrigatoriedade da averbação do documento perante a Junta Comercial ou Conselho Profissional.

Deste modo, quando há o esgotamento da via administrativa e a entidade promotora da licitação inabilita licitante que não apresenta balanço patrimonial registrado, o ato administrativo pode ser levado a Controle pelo Poder Judiciário.

Neste ponto, a Jurisprudência caminha no sentido de que o registro dos balanços patrimoniais, para fins de habilitação em procedimentos licitatórios, não tem arrimo na lei de licitações<sup>75 76</sup>.

A seu turno, o Tribunal de Contas da União compartilha do mesmo entendimento<sup>77</sup>.

---

e será restrita à apresentação da seguinte documentação: I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

<sup>75</sup> “ [...] sobre a Lei de Licitação o artigo 31 prevê que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á ao balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, a fim de comprovação da boa situação financeira da empresa, que podem ser atualizados por índices oficiais há mais de três meses da data da apresentação da proposta, **contudo, sem a exigência de registro do documento em órgão público da Junta Comercial**”. (sic) (TJ-MS - Remessa Necessária Cível: 08020191420168120021 MS 0802019-14.2016.8.12.0021, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 12/09/2018, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/09/2018). (Destacamos).

<sup>76</sup> “Descabida a alegação de que o registro do balanço na Junta Comercial tem por finalidade impedir que licitantes mal-intencionados produzam balanço falso. Isto porque não é incumbência da Junta Comercial verificar o conteúdo dos balanços apresentados, mas, apenas a verificação da regularidade formal dos atos da empresa. Assim sendo, ainda que houvesse o registro, não seria possível averiguar sua veracidade. [...] Não existe previsão legal que imponha a necessidade de registro do balanço pela Junta Comercial. [...] E, em sendo o Edital ato normativo, não pode ele criar direitos ou deveres que não estejam previstos em lei”. (TJ-DF 20080110098939 DF 0012359-32.2008.8.07.0001, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Data de Julgamento: 19/12/2012, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/01/2013 . Pág.: 325)

<sup>77</sup> “ [...] o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado do Exercício, para terem validade, devem ser elaborados em conformidade com a legislação comercial, societária e fiscal, em vigência na data de seu encerramento. A disposição contida no § 2º do art. 1.184 do Código Civil (Lei 10.406/2002)

Veja que, para anular ato administrativo que inabilitou os licitantes, as fundamentações dos julgados dos Tribunais de Justiça apontaram a ilegalidade da decisão administrativa que exigiu obrigação não prevista em lei para definir um dos critérios de habilitação dos participantes que, no caso em comento, foi a respeito da ilegal exigência de registro de balanços patrimoniais para fins de habilitação em licitação.

Na mesma linha foi o Tribunal de Contas da União, que enfatizou que o instrumento convocatório da licitação não pode inabilitar um licitante que não possua o balanço patrimonial registrado perante a junta comercial. A única exceção diz respeito às sociedades anônimas, por força da Lei nº 6.404/1976.

Nessa medida, para anular o ato ilegal, o Judiciário não pode se imiscuir no mérito administrativo, que é de competência exclusiva da administração. A discricionariedade cabe apenas à atividade administrativa quando do exercício do juízo de conveniência e oportunidade.

Com efeito, os processos e procedimentos da administração pública são impulsionados por meio dos atos administrativos. Eles expressam a chamada vontade administrativa, que é sempre decorrente da lei. Neste aspecto, os atos administrativos são exteriorizados por suas respectivas fundamentações, que apontam a exposição de motivos da atuação administrativa.

Neste contexto, os atos que expressam a vontade da administração, no âmbito das escolhas possíveis, são chamados de discricionários. São eles que fundamentam, por exemplo, se a administração constrói uma praça pública no Bairro “A” ou Bairro “B”, se a escola infantil funcionará em tempo integral ou em apenas um turno, se determinada Comunidade contará com uma Unidade Básica de Saúde (UBS) ou Unidade de Pronto Atendimento (UPA), e assim por diante.

---

estabelece que os referidos demonstrativos devem ser lançados no Livro Diário da empresa estando ambos assinados por técnico em Ciências Contábeis, legalmente habilitado e pelo empresário responsável. 14.16. Portanto, o Balanço Patrimonial autêntico e apresentando na forma da lei civil é o que consta no Livro Diário. Verifica-se, assim, que a principal forma de apresentação do Balanço Patrimonial e da Demonstração do Resultado do Exercício é por meio de cópia autenticada do Balanço lançado no Livro Diário. 14.17. Em nenhum momento o Código Civil, ou outra lei, estabelece para as sociedades por ele reguladas a obrigatoriedade de registro do Balanço Patrimonial na Junta Comercial. 14.18. Não pode, portanto, o edital exigir, como única forma de comprovação da capacidade financeira, a apresentação de Balanço Patrimonial registrado na Junta Comercial”. (TCU - RP: 03612720191, Relator: VITAL DO RÉGO, Data de Julgamento: 30/10/2019, Plenário)

Os atos discricionários são escolhas administrativas materializadas por processos decisórios de agentes públicos no âmbito das suas respectivas competências funcionais. Essa noção é importante, pois, no direito brasileiro, os atos administrativos discricionários constituem o fundamento das chamadas políticas públicas.

Ora, a razão da existência das políticas públicas são os direitos sociais, que se expressam em uma sociedade democrática por decorrência de uma Constituição dirigente. Neste sentido, não se pode perder de vista que os direitos sociais são direitos fundamentais e, por conta disso, têm aplicabilidade imediata, nos termos da Constituição Federal<sup>78</sup>.

Deste modo, as políticas públicas, cujo o mérito do ato é construído na discricionariedade administrativa, viabilizam os direitos sociais por meio de prestações positivas do Estado.

Os atos administrativos, antes controlados apenas pela constatação da observância (ou não) ao princípio da legalidade, agora são avaliados sistemicamente com as finalidades previstas na Constituição Federal (MOURA, 2018, p. 234).

Neste particular, o mérito do ato administrativo não pode sofrer ingerência do Poder Judiciário, pois falta ao Estado Juiz a competência para intervir nos juízos de conveniência e oportunidade da atividade administrativa.

### 5.3 A REPRESENTAÇÃO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Como dito, qualquer pessoa tem legitimidade para comunicar aos Tribunais de Contas irregularidades ou ilegalidades. Nesse aspecto, a forma de controle social dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos se dá, dentre outros aspectos, por meio de Denúncias ou Representações. A partir daí, as Cortes de Contas também podem intervir em atos administrativos dos gestores públicos.

Com efeito, em alguns momentos, os Tribunais de Contas terminam por assumir a posição do gestor no processo de tomada de decisão, por vezes substituindo a opção discricionária do agente público e antecipando as disposições do

---

<sup>78</sup> A Carta Magna consigna no Art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

art. 22 da LINDB, e assim o fazem pela tendência de uma boa compreensão do dia a dia da administração e da consideração das dificuldades reais e obstáculos do administrador (SANTOS, 2022, p. 212).

Atualmente, uma das mais evidentes formas de expressão da força dos Tribunais de Contas está no chamado poder de cautela, como ressaltado no Capítulo 4 deste trabalho, que tem como principal objetivo evitar a consumação de dano irreparável e/ou de difícil reparação à administração pública, principalmente no que diz respeito a recursos financeiros do Estado.

Nesse sentido, muitas dessas medidas cautelares tratam de temas relacionados às licitações e contratos administrativos, principalmente quando os Tribunais de Contas são provocados por meio das Representações e/ou Denúncias administrativas.

De certo modo, as decisões administrativas acautelatórias dos Tribunais de Contas têm corroborado para a expansão dos poderes dessas instituições. Nesse sentido, é notável o agigantamento dos Tribunais de Contas no exercício da função de controle, principalmente com decisões cautelares em sede administrativa, e isso tem gerado medo e apreensão dos gestores, que muitas vezes são responsabilizados com multas e outras sanções administrativas (SANTOS, 2022, p. 215), o que, por vezes, é interpretado como excesso nas intervenções do controle externo.

Nesse contexto, Eduardo Jordão aponta que os excessos do Tribunal de Contas da União, no exercício da atividade de controle, já geram reações no Supremo Tribunal Federal, destacando processos, de relatoria de diferentes Ministros, onde a Suprema Corte Brasileira vem entendendo que, em alguns momentos, o TCU vem extrapolando as suas competências (JORDÃO, 2019).

Os legitimados para formular as Denúncias ou Representações aos Tribunais de Contas, não poucas vezes, formulam pedidos de natureza acautelatória. Por meio dessas medidas cautelares, os Tribunais de Contas conseguem determinar aos gestores a suspensão do procedimento licitatório ou da execução do contrato administrativo, até o julgamento do mérito da questão pelo colegiado.

A grande questão é que o uso desse poder de cautela, por vezes, pode dar ensejo à distorções decorrentes da expansão das atribuições das Cortes de Contas, caracterizando usurpação de competências administrativas (SANTOS, 2022, p. 236).

Como dito, as Representações e Denúncias são importantes meios de participação social no controle das contratações públicas e procedimentos licitatórios. Nesse viés, a universalidade legitimada para provocar as Cortes de Contas, nos termos da jurisprudência do TCU, subsidia a atividade de controle exercida por essas instituições<sup>79</sup>.

No atual cenário da administração pública brasileira, é notável o agigantamento dos Tribunais de Contas no exercício da função de controle, principalmente com decisões cautelares em sede administrativa, e isso tem gerado medo e apreensão dos gestores, que muitas vezes são responsabilizados com multas e outras sanções administrativas (SANTOS, 2022, p. 215).

#### 5.4 OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E SUA FORÇA VINCULANTE NO CONTEXTO DE INTERVENÇÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS

Os precedentes administrativos são de grande importância na atividade de controle efetuada pelos Tribunais de Contas, pois eles expõem o aspecto de coesão e coerência no procedimento de intervenção sobre os atos dos gestores públicos.

Neste sentido, eles estão inseridos no espectro da auto-vinculação da própria administração (BARROS, 2014, p. 40), e isso com a finalidade de criar, ante o cidadão, o sentimento de igualdade na aplicação da lei. Sim, pois não é razoável, muito menos justo, que para situações fáticas idênticas a Administração adote posturas distintas (THAMAY, GARCIA JUNIOR; SMITH JR, 2021, p.145).

Deste modo, os precedentes tem de ser observados tanto pelos controladores quanto pelos controlados, sob pena de malferimento dos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Então, no que consistem os precedentes administrativos? Para o objeto deste trabalho, que é voltado para aspectos da intervenção do controle externo, são os entendimentos firmados pelos Tribunais de Contas no contexto da sua atividade

---

<sup>79</sup> “Acrescente-se que o § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, ao facultar a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica representar ao Tribunal de Contas ou ao controle interno, deixa claro, em sua parte final, que o objetivo de tal faculdade é subsidiar a ação de controle exercida por aqueles órgãos fiscalizadores, prevista no caput do mencionado artigo”. (Acórdão 2341/2011-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

controladora. Tratam-se de decisões pretéritas, prolatadas pelas Cortes de Contas, no âmbito da sua competência, derivadas de uma orientação interpretativa a respeito de determinado tema (HACHEM, 2015, p.69).

Nessa perspectiva, os Tribunais de Contas e os gestores sujeitos à fiscalização destes órgãos controladores estão obrigados a observar os precedentes e isso, como dito, em nome dos postulados da segurança jurídica e isonomia.

Nessa perspectiva, os precedentes administrativos contêm ligação umbilical com o princípio da legalidade consignado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>80</sup>. Partindo dessa premissa, os precedentes são dotados de eficácia e têm efeitos vinculantes na ordem jurídica.

Quando não há o respeito aos precedentes administrativos, o princípio da segurança jurídica resta maculado e isso, conseqüentemente, possibilita o agigantamento dos Tribunais de Contas, pois a expansão de poderes dessas instituições se dá, sobretudo, porque os gestores, não poucas vezes, desprezam a jurisprudência dos órgãos de controle. Assim, a intervenção do Controlador reforça a jurisprudência dessas instituições, que utilizam seus julgados administrativos nas fundamentações das suas decisões. É como uma massa fermentada: quanto mais se bate, mais ela cresce.

Portanto, o papel dos precedentes administrativos é fundamental, haja vista que deles se espera a previsão de um comportamento lógico do Estado para situações fáticas semelhantes. Neste contexto, a lei, ainda hoje, continua sendo a principal fonte do direito, mas, por óbvio, não é a única (ABBOUD, 2020, p. 329-358).

Partindo deste ponto, a natureza jurídica do precedente administrativo é de fonte do direito, uma vez que o precedente cria uma norma jurídica. Neste particular, o precedente administrativo, como regra, não possui efeito retroativo, e isso é evidenciado pela jurisprudência brasileira<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

<sup>81</sup> “[...] A análise dos fólios evidencia que a posse do recorrente decorreu de medida liminar em sede de ação mandamental, cuja segurança, ao final, fora denegada, pelo reconhecimento da impossibilidade de acumulação dos cargos públicos de agente de polícia civil e professor da rede estadual de ensino. 2. Assim, em verdade, inexistiu qualquer manifestação voluntária da Administração



Neste viés, a exceção, obviamente, dar-se-ia no contexto de aplicação de sanções administrativas, o que, neste caso, possibilitaria a eficácia retroativa do precedente administrativo para beneficiar o particular que foi alvo da punição estatal.

Com efeito, o precedente administrativo, para ser aplicado, demanda a existência de uma decisão pretérita a respeito de determinado substrato fático por uma autoridade pública competente. E assim ocorre para que a administração pública mantenha a coerência no processo de tomada de decisões. No âmbito do direito administrativo, os precedentes estão intimamente relacionados com os princípios da segurança jurídica e da isonomia. Entretanto, nas relações jurídicas envolvendo o Estado e o particular, não é raro que o administrado encontre decisões distintas para a mesma situação fática, principalmente em matérias envolvendo licitações e contratos administrativos.

Ora, o tratamento igualitário é um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e, no âmbito administrativo, implica na desejada previsibilidade da atuação Estatal decorrente da confiança legítima do particular no poder público. Desta forma, surge à administração a obrigação de seguir, em decisões futuras, o mesmo entendimento adotado em casos pretéritos semelhantes e aplicar os precedentes administrativos.

Neste viés, a aplicação futura das normas por meio de regulamentos, súmulas administrativas, respostas, consultas e pareceres tem de seguir o quanto delineado nos respectivos precedentes administrativos, sendo observada a identidade subjetiva da administração, similitude fático-normativa, sem olvidar que o ato administrativo decisório tem de estar arrimado na legalidade, uma vez que não há que se falar em precedente com fulcro na ilegalidade (CARVALHO, 2015).

---

Pública em se admitir a acumulação pretendida pelo recorrente, mas simples cumprimento de ato proveniente do Poder Judiciário. 3. Por isso, resultaria descabida o pleito de opção assinado pelo interessado em 01 de dezembro de 2008, após o término da ação mandamental, ou a indicação de situações apontadas como paradigmas, na oportunidade de escolha do servidor público processado. 4. Nesse cenário, resta claro que o recorrente já obteve pronunciamento judicial denegatório através do supramencionado mandado de segurança (nº 919736-0/2006), mostrando-se incabível a via ordinária para a rediscussão de idêntica temática, sob argumento de nova orientação adotada pela Procuradoria Geral do Estado. **5. Com efeito, sabe-se que nova interpretação administrativa não possui efeito retroativo, ainda quando se alegue violação ao princípio da isonomia, mormente se considerada a ocorrência de coisa julgada material, sob pena de mácula à segurança jurídica.** (TJ-BA - APL: 03597923720138050001, Relator: JOSE EDIVALDO ROCHA ROTONDANO, QUINTA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/12/2015). (Destacamos).

Assim como ocorre com as decisões judiciais, os precedentes administrativos dos Tribunais de Contas podem ser superados, desde que haja robusta fundamentação jurídica. Entretanto, se o caso versar a respeito de sanções administrativas, e se a modificação/superação do entendimento for favorável ao administrado, o efeito dela, neste caso, poderá retroagir.

De todo modo, a superação do precedente exige significativa e convincente motivação. Ela está relacionada com a externalização formal do motivo do ato e indica os fundamentos pelos quais o agente público municiou o seu processo decisório. Por esta razão, a motivação implica na explicitação dos motivos e se transforma no requisito de validade do ato (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2017, p. 34).

Nisso subsiste a teoria dos motivos determinantes, que está relacionada com a evolução do controle judicial dos atos discricionários (BINENBOJM, 2014, p. 19). Portanto, uma vez justificado o ato administrativo, a exposição da sua fundamentação implica na vinculação às razões apresentadas.

Desta forma, inexistindo, ou não mais subsistindo, os motivos que davam suporte ao ato, este pode ser anulado pela própria administração ou, caso isso não ocorra, o Judiciário pode determinar a anulação do ato administrativo.

A propósito, é exatamente isso o que enuncia o Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 473<sup>82</sup>.

Além disso, a Lei nº 9.784/99, no artigo 50, inciso VII, já previa o dever de motivação dos atos administrativos quando eles, por qualquer motivo, deixavam de aplicar os precedentes firmados sobre a matéria<sup>83</sup>. Por esta norma, já estava implícita a característica vinculante dos precedentes administrativos.

Contudo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a partir do ano de 2018, positivou o caráter vinculante dos precedentes administrativos e o fez

---

<sup>82</sup> “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”.

<sup>83</sup> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

impondo às autoridades públicas, sem exceção, a obrigação de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas<sup>84</sup>.

Neste particular, a LINDB, no art. 30, trata da segurança jurídica no âmbito do direito público, principalmente no campo do direito administrativo, exigindo das autoridades públicas, indistintamente, controladas ou controladoras, o dever de estabilização e uniformidade na criação do direito, cumulada com a estabilidade institucional das decisões (MOREIRA; PEREIRA, 2018, p. 246).

Como dito, os precedentes administrativos possuem caráter vinculante, sendo essa a característica mais importante em todo o contexto do processo de tomada de decisões. A vinculação da administração aos precedentes, neste viés, implica na observância ao postulado da segurança jurídica, que tem eficácia dentro do sistema jurídico (ÁVILA, 2009).

No contexto das licitações, a própria administração pública, por meio dos gestores, fica adstrita ao processo de tomada de decisões da fase interna, que ao final, culmina na produção do edital. Neste sentido, uma vez consumado, o instrumento convocatório não pode ser descumprido pela administração nem pelos particulares. Nisso se consubstancia o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é um dos mais importantes no procedimento da seleção da proposta mais vantajosa, conforme explanado no item 2.2.6 deste trabalho.

Nessa perspectiva, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório está inserido no mesmo contexto dos precedentes administrativos, pois o edital de licitação é o resultado de uma série de decisões administrativas baseadas, simultaneamente, em atos vinculados e discricionários decorrentes do dever de licitar do poder público. A partir daí, as decisões tomadas na construção do edital vinculam tanto a administração quanto os particulares, o que faz com que os Tribunais de Contas promovam a fiscalização do cumprimento (ou não) dessas escolhas dos gestores.

---

<sup>84</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a **segurança jurídica** na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Destacamos)

Neste sentido, o artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, quando comparado com o artigo 3º da Lei 8.666/93, fez constar, não por acaso, o princípio da segurança jurídica na aplicação do novo diploma normativo das licitações no Brasil, haja vista que a obediência ao conteúdo do processo decisório da construção do instrumento convocatório implica em dizer que os precedentes administrativos foram respeitados naquele procedimento específico de seleção da proposta mais vantajosa.

As Licitações estão inseridas no contexto do Direito Público, principalmente no que diz respeito à atividade administrativa do Estado, e são regidas e influenciadas por forte conteúdo principiológico, como destacado no Capítulo 2 deste trabalho.

De fato, a licitação é um procedimento administrativo que tem como objetivo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, tendo como ponto de partida a igualdade de condições entre os licitantes na busca da promoção dos interesses da coletividade (BARBOSA, 2012). Esta proposta mais vantajosa, por vezes, vai se caracterizar por aquela que detém o menor preço, a melhor técnica e/ou do emprego simultâneo desta com aquele.

Outrossim, as Licitações Públicas devem observar o postulado da isonomia entre os participantes do procedimento licitatório, sendo vedado aos agentes públicos frustrar, por qualquer ato, o caráter competitivo do certame, como dispõe o art. 9º da Lei n. 14.133/2021<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

**I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:**

- a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório**, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;
- b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;
- c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei. (Destacamos).

Além disso, a nova Lei de Licitações consigna que a o tratamento isonômico é um dos objetivos do processo licitatório<sup>86</sup>, o que implica, por conseguinte, na justa competição entre os licitantes.

Nesse cenário, a isonomia é o fio condutor de um procedimento licitatório probó, dotado de lisura, transparência e ética que, com base na legalidade, vai selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. E não só isso, o tratamento igualitário entre os licitantes é uma das barreiras ao arbítrio que pode advir do agente público no exercício da sua função, uma vez que a isonomia vai garantir ao administrado o direito de receber o mesmo tratamento que é empregado aos demais licitantes na escolha da proposta mais vantajosa ao Estado.

Nesta ótica, para selecionar a melhor proposta, a administração vale-se de um procedimento administrativo, também chamado de “procedimento de competição”, e a sua inexistência é uma afronta ao princípio da isonomia (SUNDFELD, 2021).

Mais do que isso: a ausência de procedimento licitatório probó ou a realização de dispensa de licitação de forma indevida pode caracterizar improbidade administrativa quando se constatar, na espécie, o dolo do agente na consumação do ilícito (JUSTEN FILHO, 2016, p. 183).

O grande problema de ordem prática é a constatação de que ainda é muito comum o desrespeito aos precedentes administrativos no âmbito das licitações e contratos, principalmente no que diz respeito à documentação relativa à qualificação técnica nos certames. Vejamos.

A Lei n. 8.666/93 consignava que o licitante, quando da sua participação no procedimento de competição, tinha a faculdade de apresentar atestados de qualificação técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> 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. (Destacamos).

<sup>87</sup> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á** a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

A Lei 14.133/2021, a seu turno, ao tratar da apresentação dos atestados pelo licitante, sequer distinguiu os atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público e/ou privado. Isso significa, deste modo, que o interessado pode demonstrar que tem a expertise para executar o objeto do certame mediante documento idôneo emitido por uma empresa privada ou por qualquer pessoa jurídica de direito público.

Contudo, muitos editais, quando da sua formulação, ainda inserem cláusulas prevendo somente a admissão de atestados de qualificação técnica emitidos apenas por pessoas jurídicas de direito público, contrariando o que determina a Lei de Licitações.

Nestes editais irregulares, somente os licitantes que já firmaram contratos com pessoas jurídicas de direito público têm aptidão para participar destes certames, o que, por conseguinte, viola o princípio da ampla competitividade por restringir, indevidamente, o universo de possíveis licitantes interessados em executar o objeto.

Para estes casos, a solução é que o interessado impugne o edital da licitação, pela via administrativa, apresentando as razões da ilegalidade em peça própria dirigida à Comissão Local. Se a administração não acatar as razões da impugnação do edital da licitação, o interessado pode representar ao Tribunal de Contas competente ou levar a questão ao Poder Judiciário. O que chama a atenção é que os gestores, não poucas vezes, fazem a inserção, no edital, de cláusulas admitindo apenas a apresentação de atestados de qualificação técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito público.

---

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, **será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Destacamos)

Essa situação fática é muito corriqueira e os Tribunais de Contas, quase que diariamente, julgam processos administrativos a respeito dos atestados de qualificação técnica. Nesse contexto, o interessante é que não deveria existir editais de licitações prevendo a aceitação de apenas e tão somente atestados de qualificação técnica emitidos exclusivamente por pessoas jurídicas de direito público, uma vez que há diversos e robustos precedentes, tanto dos Tribunais de Contas<sup>88 89 90</sup> quanto do Poder Judiciário<sup>91</sup> apontando a ilegalidade deste tipo de exigência.

Nessa perspectiva, é possível constatar que o Tribunal de Contas da União e o Poder Judiciário, prezando pelo princípio da legalidade, são uníssomos no entendimento de que os atestados de qualificação técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito público possuem o mesmo valor probatório que os emitidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, no que diz respeito à habilitação nos certames e à pontuação em propostas técnicas.

Por qual razão, então, os gestores insistem na inobservância dos precedentes administrativos das Cortes de Contas? A resposta é encontrada na cultura do desrespeito aos entendimentos vinculantes e na aplicação de multas irrisórias.

Muitos entes públicos, especialmente em pequenos Municípios pelo interior do país, ainda não observam os precedentes administrativos (e judiciais) a respeito dos atestados de qualificação técnica.

---

<sup>88</sup> “A exigência de atestado de capacidade técnica deve ser justificável em razão do objeto licitado”. Acórdão 933/2011-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO.

<sup>89</sup> “Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório”. Acórdão 1567/2018-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES.

<sup>90</sup> “É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993)”. Acórdão 914/2019-Plenário | Relator: ANA ARRAES.

<sup>91</sup> Com efeito, a norma contida no item 14.3, alínea b, do Edital, que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado é incompatível com o artigo 30, parágrafo 1º, da lei 8.666/93, que expressamente permite a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado. (TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 1999.01.00.014752-7/DF, 3º T. Suplementar, rel. Juiz Wilson Alves de Souza, j. em 29/5/03, DJ de 18/6/03).

Nesta vertente, sendo a licitação o procedimento administrativo que busca a proposta mais vantajosa para o Poder Público, o certame licitatório deve viabilizar e estimular a participação do maior número possível de proponentes para que, com critérios objetivos e isonômicos, seja selecionada a proposta que melhor atende o interesse público. É neste sentido que subsiste o princípio da ampla competitividade das licitações que, pautando-se no estímulo à concorrência, permite ao Poder Público a contratação da melhor proposta (NIEBUHR, 2012, p. 46). Nesse aspecto, a regra do edital que permite apenas a apresentação de atestado de qualificação técnica emitido exclusivamente por ente público fere a seleção da proposta mais vantajosa.

Como dito, há diversos precedentes administrativos emanados do Tribunal de Contas dos Estados e da União, sobre os atestados de qualificação técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Neste prisma, a razão pela qual a lei admite a apresentação de atestado de qualificação técnica emitido por pessoa jurídica de direito privado é muito nítida: se inexistisse essa regra, aqueles que nunca foram contratados pela administração pública jamais poderiam vencer uma licitação e, por conseguinte, não conseguiriam firmar um contrato administrativo com o poder público.

Outrossim, a administração não pode perder de vista o conteúdo do Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que diz que o procedimento licitatório só deve permitir exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à execução do contrato<sup>92</sup>.

Deste modo, exigências desproporcionais, desarrazoadas, e contrárias à lei são nulas de pleno direito, pois afrontam o Estado de Direito, uma vez que a licitação é um instrumento de alcance e garantia do interesse público (FERRAZ, 2009, p. 142).

Ainda em sede de inobservância dos precedentes administrativos, muitas licitações são processadas com problemas no que diz respeito à comprovação da capacitação técnico profissional dos licitantes.

---

<sup>92</sup> 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.



Diversos editais, ao tratar das equipes técnicas dos interessados em firmar o contrato administrativo com o ente público, exigem que os profissionais comprovem sua relação jurídica com o proponente por meio da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) ou pelo Ato Constitutivo, no caso dos sócios da pessoa jurídica que disputa o certame.

Contudo, essa exigência também é restritiva, pois ignora outras formas de contratação como prestadores de serviços ou a apresentação de carta de anuência com compromisso de contratação futura e reduz o universo de licitantes aptos à disputa, como já apontado pelo Tribunal de Contas da União<sup>93</sup>.

Para viabilizar o maior número de interessados nos procedimentos licitatórios, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou uma Súmula ampliando o leque de comprovação de vínculo profissional dos membros de equipe técnica, como se constata no verbete nº 25 da Corte de Contas Paulista<sup>94</sup>.

Nesse sentido, a Súmula 25 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi aprovada pela Deliberação TC-A-029268/026/05, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 20/12/2005. Neste particular, a publicação deste precedente administrativo, que vincula toda a administração pública paulista, nos meios de comunicação oficiais do Estado, com sua respectiva fundamentação, torna conhecido o entendimento do Tribunal Administrativo de modo que ele pode (e deve) ser aplicado de forma isonômica aos processos subsequentes (MOREIRA; PEREIRA, 2018, p.268).

Outrossim, a publicidade do precedente é requisito prévio para a sua aplicação em casos futuros. Neste sentido, o aplicador da norma, em âmbito administrativo, deve certificar-se a respeito da existência ou não de eventual entendimento previamente firmado pelos Tribunais de Contas e/ou outros órgãos de controle. Desta

---

<sup>93</sup> Acórdão 1447/2015 Plenário (Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman). Licitação. Habilitação técnica. Documentação. Para a comprovação do vínculo profissional do responsável técnico com a licitante, deve-se admitir a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS), contrato social do licitante, contrato de prestação de serviço ou, ainda, de declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada da anuência deste.

<sup>94</sup> Súmula 25 do TCE/SP: “Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços”.

forma, constatada a existência do precedente, ele deve ser aplicado para todos os casos semelhantes, prestigiando a segurança jurídica e o tratamento isonômico.

Com efeito, os entes federativos são autônomos. Por esta razão, os precedentes administrativos de um determinado ente não vinculam, via de regra, outro ente da Federação. Deste modo, um determinado precedente administrativo do Tribunal de Contas do Estado da Bahia não vincula a administração pública estadual do Rio de Janeiro. Entretanto, como o ordenamento jurídico sempre possui lacunas, uma vez que o legislador não tem condições de prever todas as situações fático-normativas, a analogia pode ser empregada para a aplicação justa e isonômica do direito na seara administrativa (OLIVEIRA, 2018, p.122).

Ademais, os Tribunais de Contas exercem papel importante no controle das licitações, sendo a questão principal desta fiscalização a probidade e o combate à corrupção (ARANTES et al., 2010, p.128). Neste aspecto, o fundamento jurídico desta função estava consignado no artigo 113 da ainda Lei nº 8.666/93<sup>95</sup>. Por sua vez, na Lei nº 14.133/2021, o fundamento jurídico do controle dos Tribunais de Contas está no artigo 170, § 4º, do novo diploma normativo<sup>96</sup>.

A nova Lei de Licitações, visando a implementação da prática da boa governança, inseriu os Tribunais de Contas na terceira linha de defesa das contratações públicas, sendo precedidos pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade, que estão na segunda linha, e por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade, que ocupam a primeira linha de defesa.

---

<sup>95</sup> Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 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.

<sup>96</sup> Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e 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.

[...]

§ 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.

Neste sentido, as decisões dos Tribunais de Contas dos Municípios, dos Estados e da União, que versam, principalmente, sobre licitações e contratos administrativos, vinculam todas as autoridades públicas no âmbito das suas respectivas competências e exigem delas pleno respeito e observância aos precedentes construídos por estes Tribunais Administrativos.

Nesse contexto, a redação do art. 30 da LINDB não abre margem para a exclusão de qualquer autoridade na observância dos precedentes, de modo que todos, sem exceção, ficam vinculados aos regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas elaboradas pelas Cortes de Contas.

Logo, não faz sentido o Tribunal de Contas da União firmar precedente com força vinculante, antecedido por longos debates, e este precedente enunciado ser simplesmente ignorado em futuras decisões (DI PIETRO, 2015, p. 380).

Por esta razão, as decisões dos Tribunais de Contas são frequentemente invocadas nas fundamentações de diversas Decisões Judiciais<sup>97</sup>, dada a qualidade e especialidade dos servidores destes Tribunais Administrativos na aplicação e interpretação da lei de licitações.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário frequentemente prestigia os precedentes administrativos dos Tribunais de Contas, usando-os para fundamentar suas decisões. Esta prática fomenta a segurança jurídica e é de grande importância para reduzir os índices de conflito entre o particular e o Estado.

Deste modo, os precedentes administrativos, juntamente com a jurisprudência, na qualidade de fontes do direito têm sido invocados como *ratio decidendi* pelos magistrados na solução de casos concretos, o que é de suma importância. Por esta

---

<sup>97</sup> “ [...] De acordo com a doutrina e a jurisprudência do TCU, considerando que a Lei de Licitações não determinou modalidade específica para licitação referente à concessão de uso, entende-se que a Administração pode, com fulcro nos critérios de conveniência e oportunidade, fazer uso da modalidade Pregão. É essa a hipótese dos autos, em que se busca selecionar proposta para formalizar contrato de concessão de uso da área no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão - Antonio Carlos Jobim ao particular que oferecer a maior contraprestação pecuniária. Ressalte-se que o TCU firmou entendimento de que é legal a utilização da modalidade pregão para licitação de concessão de uso de área comercial em aeroporto [...] ” (TRF-2 - APELREEX: 00090774420124025101 RJ 0009077-44.2012.4.02.5101, Relator: HELENA ELIAS PINTO, Data de Julgamento: 17/12/2018, 8ª TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 19/12/2018).

razão, os precedentes administrativos devem ser observados pelos gestores, no exercício das suas respectivas competências.

## 6 CONCLUSÕES

Esse trabalho foi construído com a finalidade de evidenciar aspectos da atividade de controle dos Tribunais de Contas no que diz respeito às licitações e contratos administrativos.

Nessa perspectiva, demonstrou que o sistema de controle das licitações e contratos administrativos pelos Tribunais de Contas é um importantíssimo mecanismo da *accountability* das contratações públicas.

Mais que isso: a compreensão do papel dos princípios é fundamental para a aplicação dessas normas gerais e abstratas ao contexto das licitações e contratos públicos, principalmente pelas conexões que eles possuem com a atividade de controle externo consumada pelos Tribunais de Contas.

Como as Cortes de Contas, no exercício da atividade de controle, costumam invocar princípios nas intervenções que fazem sobre as atuações dos gestores públicos, é preciso cautela na utilização exclusiva dessas normas gerais nos momentos de intervenção. Isso porque o abuso principiológico pode dar ensejo a eventuais arbítrios das Cortes de Contas, o que, quando consumado, é deveras grave.

A função de controle dos Tribunais de Contas tem sua razão de ser na juridicidade da administração, compreendida, entre outros aspectos, na submissão do poder público à Constituição Federal.

Diante do que fora exposto neste trabalho, é possível concluir o seguinte:

1. Os Tribunais de Contas, quando do desempenho da função de controle, ao constatarem a necessidade de anulação do certame e/ou contrato administrativo, devem apontar, em suas decisões, de forma expressa, as consequências práticas da sua intervenção.
2. Ao considerar os efeitos práticos da intervenção, as Cortes de Contas não podem invocar, exclusivamente, valores jurídicos gerais sem que haja a ponderação dos efeitos práticos da intervenção ao substituir a decisão do gestor público.
3. No âmbito do direito público brasileiro, a utilização indiscriminada e exclusiva de princípios, seja do gestor ou do controlador, serve para justificar qualquer decisão arbitrária do agente público.

4. O agigantamento do manejo dos princípios na atividade de controle passa a falsa percepção de que a legalidade administrativa possui sempre um sentido claro e inequívoco.

5. A juridicidade administrativa, no Estado de direito, tem o seu sentido preenchido com a vinculação da administração pública ao princípio da legalidade, circunstância essa que é fundamental na aplicação da lei de licitações e contratos administrativos e no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas.

6. Apesar da viabilidade da autodefesa, a utilização de defesa técnica por meio dos profissionais da advocacia é de extrema importância para os gestores, uma vez que o teor das matérias tratadas nas Cortes de Contas envolvendo Licitações e Contratos Administrativos são complexos e as consequências da atividade de controle podem ser gravosas, implicando, inclusive, em sanções de diversas naturezas.

7. Em sendo demonstrada a consumação de prejuízos anormais ou injustos, a administração e o particular podem ser responsabilizados, se qualquer um deles for autor do dano no contexto da intervenção dos Tribunais de Contas.

8. Não é suficiente que seja garantido, ao acusado, o direito de apresentar defesa administrativa por escrito. O devido processo legal envolve, além da defesa escrita, o direito à produção de prova requerida.

9. Os Tribunais de Contas são dotados de unidades técnicas especializadas em direito administrativo, notadamente em licitações e contratos, o que resulta em robusta e abalizada fundamentação jurídica nos relatórios de instrução processual.

10. A especialidade dos servidores dos Tribunais de Contas tem relação direta com o conteúdo programático dos concursos públicos promovidos para o preenchimento de cargos destas instituições.

11. Os Tribunais de Contas não possuem poderes para executar as suas próprias decisões, uma vez que eles não exercem função jurisdicional. Todavia, a eles é autorizada conceder medidas administrativas de natureza cautelar, em especial para evitar a consumação de dano aos recursos públicos, o que é ratificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

12. As Cortes de Contas, quando da suspensão cautelar de licitações, têm de consignar na decisão administrativa a forma pela qual será garantida a satisfação do interesse público que foi temporariamente paralisado pelo Tribunal.

13. O posicionamento do Tribunal de Contas da União foi levado em consideração pelo legislador ao disciplinar que, com o advento da Lei 14.133/2021, a sanção de impedimento para licitar produzirá efeitos apenas e tão somente em relação ao ente federativo que aplicar a penalidade.

14. Para fins de consideração da prescrição intercorrente em processos administrativos, o prazo para o exercício da pretensão punitiva estatal é de 3 (três) anos, e isso por conta da aplicação da Lei 9.873/99, por analogia, tendo em vista as disposições do art. 4º da LINDB, que vaticina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

15. A gestão administrativa dos contratos públicos tem de ser feita com base nos princípios da eficiência, eficácia e efetividade para produzir o resultado mais vantajoso à Administração e o controle social das licitações é uma das formas de expressão da democracia participativa.

16. A motivação da decisão administrativa é condição fundamental para o controle de legalidade do ato vergastado, pois é nela que se observará (ou não) o cumprimento da lei no procedimento licitatório.

17. Qualquer pessoa tem legitimidade para comunicar aos Tribunais de Contas irregularidades ou ilegalidades na aplicação da Lei de Licitações e Contratos pela administração pública.

18. No âmbito da atividade de controle, por vezes, os Tribunais de Contas terminam assumindo a posição do gestor, o que implica, nestas hipóteses, na expansão indevida da competência das Cortes de Contas.

19. A expansão dos poderes dos Tribunais de contas tem causado pavor aos gestores, que temem a aplicação de sanções administrativas e a responsabilização objetiva pelo simples fato de adotarem entendimento distinto do Tribunal, mesmo em casos complexos.

20. Os precedentes administrativos tem de ser observados, tanto pelos controladores quanto pelos controlados, sob pena de malferimento dos princípios da segurança jurídica e da igualdade. Partindo dessa premissa, os precedentes são dotados de eficácia e têm efeitos vinculantes na ordem jurídica.

21. A razão pela qual os gestores insistem na inobservância dos precedentes administrativos das Cortes de Contas é encontrada na cultura do desrespeito aos entendimentos vinculantes e na aplicação de multas irrisórias.

Por fim, é possível concluir que, na atual conjuntura do Judiciário e dos Tribunais de Contas, se mostra mais vantajoso levar às Cortes de Contas matérias que versem sobre questões de legalidade em licitações e contratos administrativos, dada a especialização dos seus servidores, menor volume processual e melhor estrutura administrativa.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges et al. **Introdução ao direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARANTES, Rogério Bastos; LOUREIRO, Maria Rita; COUTO, Cláudio; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público. *In: Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*. [S.l.: s.n.], 2010. p. 109-147.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, Ramon Caldas. Licitação Pública: noções gerais do dever de licitar. **Direito UNIFACS**, Salvador, ed. n. 139, p. 4, jan. 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1892>. Acesso em: 08 ago. 2022.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação. 2014. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2014.

BINEBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 203–224, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77655. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 5 jan. 2023.

BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 06 ago. 2022.

BIAZON, Everson da Silva. **A prescrição na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/everson-biazon-prescricao-lei-licitacoes>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRITO, George. **‘São João do Sessentão’ em Wenceslau Guimarães é cancelado pela Justiça**. 2022. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/62900>. Acesso em: 08 set. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. Controle das contratações públicas em tempo de escassez. **Revista Controle: Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 42-74, 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/490>. Acesso em: 31 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

CRISTOFANI, Cláudia Cristina. LINDB e a Prova Judicial: breves notas sobre a assimetria informativa e as consequências das decisões probatórias. *In*: ANÁLISE Econômica do Direito: temas contemporâneos. Portugal: Grupo Almedina, 2020. p. 300-320.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo: pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da Pesquisa em Direito**: Técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 9, n. 37, p. 133-142, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, et al. **Poder econômico**: direito, pobreza, violência, corrupção. Barueri: Editora Manole, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FLORENCIO, Marcela Proença Alves. Princípios da publicidade e participação popular: bases estruturantes para a transparência na administração pública. **Revista dos Mestrados Profissionais**, v. 2, n. 1, 2020.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública**: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 59, 2015.

HAMAY, Rennan Faria K.; JÚNIOR, Vanderlei G.; MACIEL, Igor M. et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 12, n. 47, p. p. 209-230, 2014.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 63–92, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 4 dez. 2022.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O STF controlando o controlador: assumirá o supremo o papel de frear o movimento expansionista do TCU? **Jota Info**, São Paulo, set. 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/12/O-STF-controlando-o-controlador-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 13–41, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 20 nov. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** (atualizados de acordo com a Lei Federal nº 8.666/1993). 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Contratação temporária e a configuração de ato de improbidade administrativa. *In*: MARQUES, Mauro Campbell. (org). **Improbidade Administrativa - Temas Atuais e Controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 177-207.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB – o dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 243-274, 2018.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 73, p. 229-245, jul./set. 2018.

NIEBUHR, Joel Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Ed. Fórum, 2012.

NOBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova lei de licitação e o problema da seleção adversa. *In*: ANÁLISE Econômica do Direito: temas contemporâneos. Portugal: Grupo Almedina, 2020. p. 478-507.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 3 reimpr. Coimbra: Almedina, 2017.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios**. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2016.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PINHEIRO, Igor Pereira. O princípio da moralidade administrativa na prevenção e repressão à corrupção: a atualidade do contraponto filosófico entre Maquiavel e Erasmo de Rotterdam. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, v. 10, n. 1, p. 139-152, 2018.

POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?** São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André Carvalho; GRAMSTRUP, Erick Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo: Almedina, 2021.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Nova Lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SILVA, Diogo Barbosa e. **As potencialidades do mandado de injunção: o controle integral das omissões inconstitucionais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 171-201, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição: Administrative competition procedures. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters - Livraria RT, v. 5, n. 16, p. 375–382, 2021. DOI: 10.48143/RDAI.16.sundfeld. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/262>. Acesso em: 7 jan. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; SMITH JR., Clóvis Frota. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.