

Título : O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O ART. 171 DA LEI 14.133/2021 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)
Autor : Erick Halpern
Autor : Rafael Carvalho Rezende Oliveira

DOCTRINA – MAI/2021

O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O ART. 171 DA LEI 14.133/2021 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES)

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA

Visiting Scholar pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution (RBADR)*. Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br.

ERICK HALPERN

Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador-Geral do Município de Angra dos Reis. Advogado.

RESUMO

O presente artigo pretende examinar o regime jurídico do controle externo das licitações e contratações públicas pelos Tribunais de Contas disposto na Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), em especial a sua competência para determinar a sustação de certames e contratos administrativos. A partir de uma análise comparativa com o texto da Lei 8.666/1993, o ensaio apresentará interpretação conforme a Constituição do art. 171 da Lei 14.133/2021.

1. Introdução

O presente ensaio pretende abordar o papel dos órgãos de controle nas licitações e contratações públicas, especialmente aquele desempenhado pelos Tribunais de Contas, a partir do art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

O objetivo é apresentar, inicialmente, a visão geral sobre o controle da Administração Pública e o perfil do controle exercido pelas Cortes de Contas delineado no texto constitucional.

A definição do momento e da intensidade do controle exercido pelos Tribunais de Contas revela-se fundamental para garantir a lisura dos certames e das contratações públicas, sem, contudo, gerar a indevida substituição das decisões do gestor público pelas orientações do controlador.

Na sequência, após apresentar o tratamento jurídico do controle dos certames e contratos da Administração Pública conferido pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o trabalho destacará o papel dos Tribunais de Contas no controle dos referidos procedimentos e ajustes.

2. O controle da Administração Pública e o papel dos Tribunais de Contas

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública encontra-se limitada pelo ordenamento jurídico, devendo exercer suas funções (deveres-poderes) com o intuito de promover e defender os direitos fundamentais. ¹

O princípio republicano, por outro lado, exige que os agentes públicos sejam responsáveis por suas ações nas esferas política, administrativa, civil e criminal, cabendo a sua ampla responsabilidade e responsividade pela eventual prática de ilícitos no exercício da função pública. ²

O controle da ação administrativa, assim, pode ser classificado a partir de vários critérios.

Um primeiro parâmetro relaciona-se ao órgão, entidade ou pessoa responsável por sua efetivação, o controle pode ser dividido em 3 categorias:

a) autocontrole (ou controle interno): é efetivado pelo próprio Poder Executivo;

b) controle externo: é exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo; e

c) controle social: é implementado pela sociedade civil, por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações da gestão pública e na execução das políticas e programas públicos.

Por outro lado, tendo em vista o momento do controle, é possível apontar 2 formas:

a) controle prévio: exercido antes da publicação do ato administrativo; e

b) controle posterior: implementado sobre o ato administrativo existente, o que pressupõe a sua publicação.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 transformou o controle incidente sobre a Administração Pública, ampliando os limites formais e materiais de atuação dos agentes públicos, assim como alargou significativamente as atribuições e prerrogativas dos órgãos de controle externo, de modo a consolidar a atividade do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Especificamente em relação ao Tribunal de Contas, o Constituinte o incorporou no capítulo dedicado ao Poder Legislativo, em sessão denominada “da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, determinando que “[o] controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71 da CRFB). Não obstante, o texto constitucional atribuiu à Corte de Contas 2 espécies de funções, a saber:

a) atribuições coadjuvantes e de suporte ao Poder Legislativo; e

b) atribuições autônomas, independentes ao Parlamento (*ex propria autoritate*). ³

A atividade coadjuvante ao controle parlamentar se resume, essencialmente, à prolação de parecer prévio as contas anuais de governo prestadas pelos Chefes do Poder Executivo sujeitas ao juízo político do Legislativo (art. 71, I, CRFB). Ressalta-se que a peça opinativa ostenta natureza técnica-jurídica com o escopo de embasar a tomada de decisão pelo Parlamento, sem qualquer conteúdo decisório, conforme assentado na jurisprudência do STF. ⁴ De resto, as funções de suporte relacionam-se a instalação de inspeções e auditorias a requerimento do Poder Legislativo (art. 71, IV, CRFB), tal como a prestações de informações sobre a sua atividade fiscalizatória e seus resultados.

Em contrapartida, o texto constitucional designou significativas **funções próprias aos tribunais de contas**, desempenhadas sem ingerência ou interação com o Parlamento, pelas quais exercem o controle externo da despesa pública. Nesta perspectiva, incluem-se as seguintes atribuições ⁵: **a)** o julgamento das contas prestadas ordenadores de despesas e demais responsáveis por verbas ou bens públicas (art. 71, II, CRFB); **b)** o registro dos atos de pessoal, seja no tocante a sua admissão ou a aposentadorias e pensionamentos (art. 71, III, CRFB); **c)** a promoção de inspeções e auditorias para apurar o regular cumprimento do ciclo da despesa pública (art. 71, IV, CRFB); **d)** a aplicação de atos

sancionatórios pela desconformidade nas prestações de contas (art. 71, VIII, CFRB); **e**) prática de atos de comando para reestabelecer o cumprimento da legislação financeira (art. 73, IX, CFRB); por fim, **f**) a prática de medidas cautelares, em especial, a sustação de atos administrativos (art. 71, X, CFRB).⁶

Dessa forma, para conceber a delimitação das atribuições do Tribunal de Contas traçadas pelo Constituição e legislação, é essencial analisar os objetos da fiscalização, os parâmetros adotados, bem como, os resultados provenientes da atividade de controle.

O objeto da fiscalização consiste nos fatos, atos e procedimentos do Poder Público ou de terceiros que cabe ao órgão de contas investigar e julgar, ou seja, resumem-se à fiscalização financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e operacional (art. 70, CFRB).⁷

Os parâmetros de controle, por sua vez, são os paradigmas utilizados pela corte de contas para verificar a compatibilidade dos objetos analisados. A Constituição da República de 1988 expandiu expressamente esses parâmetros, acrescentando a legitimidade e a economicidade ao lado da legalidade (art. 70, CFRB).⁸

Por derradeiro, os resultados da fiscalização dos órgãos de contas constituem-se como “os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza”⁹, ou seja, as decisões finais tomadas no âmbito do controle externo da Administração Pública. Sob essa ótica, os resultados podem ser classificados de acordo com as atribuições das cortes de contas¹⁰, a saber: **a**) edição de atos normativos; **b**) a imposição de sanções; **c**) determinação de comandos a terceiros; **d**) produção de dados e informações; **e**) expedição de orientações; e, por fim, **f**) a formulação de representações.

3. O controle na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

O tema do controle das licitações e das contratações públicas foi destacado e detalhado na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, o que representa relevante avanço em relação à Lei 8.666/1993.

As contratações públicas devem se submeter 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 estarem subordinadas ao controle social, sujeitam-se às seguintes linhas de defesa (art. 169 da Lei 14.133/2021): **a**) primeira linha de defesa: servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; **b**) segunda linha de defesa: unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; **c**) terceira linha de defesa: órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

De forma positiva, verifica-se a maior preocupação legislativa com a governança pública, destacando-se a relevância da gestão de riscos e do controle preventivo que auxiliam para eficiência e diminuem os riscos da prática de irregularidades nas das contratações públicas.

Destaca-se que as hipóteses de controle institucional elencadas no art. 169 da nova Lei de Licitações não são taxativas, uma vez que não impedem outras formas de controle preventivo, inclusive por parte do Ministério Público. Importante destacar, ainda, que o controle institucional convive com o controle social, que pode ser exercido por qualquer pessoa e pressupõe transparência na atuação da Administração Pública para que as informações estejam disponibilizadas para sociedade civil.

A implementação das práticas previstas no art. 169 da nova Lei de Licitações será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas (art. 169, § 1º).

Com o intuito de garantir o regular exercício de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aqueles classificados pelo órgão ou entidade, nos termos da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), tornando-se o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação

sigilosa corresponsável pela manutenção do seu sigilo (art. 169, § 2º, da Lei 14.133/2021).

Os integrantes das 3 linhas de defesa referidas acima deverão adotar as seguintes condutas (art. 169, § 3º, da Lei 14.133/2021): **a)** quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; **b)** quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízos das medidas previstas na alínea “ a”, deverão adotar as providências necessárias para apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeter ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para apuração dos demais ilícitos de sua competência.

Os órgãos de controle adotarão critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação (art. 170 da Lei 14.133/2021), observadas as seguintes diretrizes: **a)** as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos (art. 170, § 1º); **b)** a omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle, nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação (art. 170, § 2º); **c)** os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 170, § 3º); e **d)** 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 (art. 170, § 4º).

Na fiscalização de controle será observado o seguinte (art. 171 da Lei 14.133/2021): **a)** oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições; **b)** adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, evitando que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados; **c)** definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades para as quais foi feita a contratação, devendo ainda ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.

O § 1º do art. 171 da Lei 14.133/2021 reconhece o poder geral de cautela do Tribunal de Contas ao prever que, ao suspender cautelarmente o processo licitatório, a Corte deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 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: **a)** as causas da ordem de suspensão; **b)** 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.¹¹

Intimado da ordem de suspensão do certame, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 dias úteis, admitida a prorrogação, adotar as seguintes providências, sob pena de responsabilização e reparação do prejuízo causado ao erário (art. 171, §§ 2º e 4º, da Lei 14.133/2021): **a)** informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão; **b)** prestar todas as informações cabíveis; e **c)** proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

A Corte de Contas, ao decidir o mérito da medida cautelar, deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação (art. 171, § 3º, da Lei 14.133/2021).

Apresentado o panorama geral do controle na Lei 14.133/2021, o próximo tópico destacará o regime jurídico do controle exercido pelas Cortes de Contas consagrado no novo diploma legal.

4. O controle dos editais de licitação e dos contratos da Administração Pública pelos Tribunais de Contas na Lei 14.133/2021

No contexto da Lei 8.666/1993, o art. 113, § 2º, permitia o controle da fase externa da licitação pelos Tribunais de Contas, com a possibilidade de solicitação de cópias dos editais de licitação já publicados, bem como prescrevessem medidas corretivas aos órgãos licitantes.¹²

A nova Lei de Licitações, em sua literalidade, parece expandir significativamente essa prerrogativa do Tribunal de Contas, de modo a reconhecer expressamente a sua atribuição para suspender cautelarmente qualquer fase do procedimento licitatório, o que incluiria a sua fase preparatória ou interna (art. 171, §1º, da Lei 14.133/2021).

Essa singela modificação pode acarretar um inegável retrocesso no planejamento e na gestão das licitações, uma vez que a expansão ilimitada do controle prévio pelas Cortes de Contas asfixiaria a atribuição conferida pelo texto constitucional ao Poder Executivo para realização das contratações públicas. Ao se permitir a interferência ilimitada na formatação das licitações, antes da publicação dos respectivos editais, o legislador abre caminho para que os Tribunais de Contas atuem como *veto player*, impedindo que a fase preparatória da licitação, que compreende atos de planejamento e de gestão de competência do Poder Executivo, prossiga sem o seu aval.¹³

Essa dinâmica de controle prévio (*veto player*) caracteriza-se por originar uma intervenção dos órgãos de controle na própria etapa de planejamento das políticas públicas, subordinando a atividade administrativa à prévia aprovação das Corte de Contas, considerada, nesse caso, um “órgão quase-administrativo”.¹⁴

É oportuno destacar que o controle preventivo se iniciou com a instituição do Tribunal de Contas da União, por intermédio do Decreto n.º 966-A, de 07 de novembro de 1890, e conservou-se até o advento da outorga pelos militares da Carta Constitucional de 1967. Com o aumento das atividades do Poder Público e, por consequência, da quantidade de atos administrativos, submetidos ao prévio registro, atrelada a uma significativa majoração dos órgãos e entidades submetidas a jurisdição do tribunal de contas, modificou-se o *timing* do controle que passaria a ser realizado prioritariamente a *posteriori*.¹⁵

A mudança do *timing* do controle foi justificada, em grande medida, pela busca da maior eficiência na Administração Pública, uma vez que o modelo de controle por registros prévios¹⁶ gerava, não raras as vezes, uma sobreposição de interpretações discordantes entre o gestor e o controlador, tornando a atuação administrativa morosa e ineficaz em muitos casos. Outrossim, o aumento de processos e os diminutos prazos para a manifestação das Cortes de Contas representavam uma barreira para eficiência do controle.¹⁷

A Constituição de 1988 reiterou o modelo de controle *a posteriori* dos atos, contratos e processos administrativos pelos Tribunais de Contas, o que não impede a realização do controle prévio nos casos excepcionais indicados no texto constitucional, tal como ocorre, por exemplo, no registro dos atos de pessoal (art. 71, III, CRFB).

A discussão reside em saber se o legislador infraconstitucional poderia ampliar as hipóteses de controle prévio da Administração Pública pelas Corte de Contas.

De um lado, há o entendimento de que o controle prévio poderia ser ampliado pelo legislador ordinário, o que justificaria o teor do §1º do art. 171 da Lei 14.133/2021.¹⁸

De outro lado, parcela da doutrina sustenta que a opção constitucional foi pela realização do controle *a posteriori* das finanças públicas, admitindo-se o controle preventivo por parte das Cortes de Contas apenas nos casos excepcionais expressamente indicados no texto constitucional. Em consequência, o legislador não poderia ampliar os casos de controle preventivo para inserir aquele realizado em relação aos instrumentos convocatórios não publicados, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.¹⁹

Em nossa opinião, o controle prévio exercido pelas Cortes de Contas representa exceção que

somente poderia ser prevista no texto constitucional, motivo pelo qual o art. 171, §1º, da Lei 14.133/2021 deveria ser interpretado conforme a Constituição para que o controle pelos Tribunais de Contas somente seja exercido após a publicação do edital de licitação e não na fase preparatória do certame.

Ressalta-se que essa segunda interpretação se harmoniza as razões do veto do Poder Executivo Federal ao inciso XII, do §1º, do art. 32 da nova Lei de Licitações, que previa uma espécie de controle prévio dos tribunais de contas na modalidade do diálogo competitivo.

Em relação a sustação dos contratos irregulares, existe uma ampla controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de sua implementação pelas Cortes de Contas, uma vez que a Constituição Federal dispõe, expressamente, que a prerrogativa para sustar o contrato irregular é do Congresso Nacional. Se a medida em comento não for adotada, no prazo de 90 dias, o Tribunal de Contas “decidirá a respeito”, sem qualquer alusão à sustação do contrato (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB).

Enquanto parcela da doutrina sustenta a impossibilidade de sustação dos contratos administrativos pelas Cortes de Contas, uma vez que a referida prerrogativa seria exclusiva do Congresso Nacional,²⁰ outra parcela da doutrina admite que os Tribunais de Contas realizem a sustação dos contratos administrativos.²¹

Em nossa opinião, os Tribunais de Contas podem sustar os efeitos dos contratos administrativos, quando constatadas irregularidades, na hipótese de omissão, no prazo de noventa dias, do Congresso ou do Poder Executivo.²²

Trata-se do constatação da importância reconhecida pelo texto constitucional à Corte de Contas que não se subordina hierarquicamente ao Poder Legislativo. Destarte, o Tribunal de Contas pode sustar contratos irregulares do Poder Executivo, mas essa sustação não é automática (primária), devendo ser observado o seguinte rito (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB e art. 45, §§ 2.º e 3.º, da Lei 8.443/1992): **a)** verificada a irregularidade em determinado contrato, o Tribunal de Contas assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; **b)** caso permaneça a irregularidade, o Tribunal comunicará o fato à Casa Legislativa respectiva para sustação do contrato, solicitando imediatamente a adoção das medidas cabíveis ao Poder Executivo; e, por fim, **c)** se a Casa Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas solicitadas, o Tribunal de Contas sustará os contratos (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB).

A prerrogativa de sustação dos contratos irregulares pelos Tribunais de Contas deve ser compatibilizada com o dever de regularização previsto no parágrafo único do art. 21 da LINDB, impondo-se observar se a convalidação, a conversão e a modulação dos efeitos dos ajustes irregulares representariam solução mais adequada para o atendimento do interesse público que a sustação dos ajustes.

Aliás, o art. 20 da LINDB proíbe a tomada de decisão apoiada exclusivamente em valores abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão, o que, inegavelmente, eleva o ônus de motivação das decisões estatais que devem levar em consideração os argumentos jurídicos, o contexto fático e as consequências da solução adotada, especialmente quando ensejar a sustação de um contrato administrativo pelo Tribunal de Contas.²³

5. Conclusão

Conforme destacado ao longo do presente estudo, a Lei 14.133/2021 avançou em relação ao regime jurídico do controle das licitações e das contratações públicas previsto na Lei 8.666/1993.

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

Não obstante a relevância da atuação dos órgãos de controle para garantia da juridicidade das licitações e contratações públicas, é preciso considerar que o controle externo, especialmente aquele exercido pelas Cortes de Contas, não pode gerar uma confusão entre as tarefas do gestor e do

controlador, violadora do princípio constitucional da separação de poderes.

Em consequência, o poder geral de cautela reconhecido pelo art. 171, §1º, da Lei 14.133/2021 não pode acarretar a intromissão indevida dos Tribunais de Contas na fase preparatória das licitações, motivo pelo qual o referido dispositivo deve ser interpretado conforme à Constituição para se concluir que o controle das Cortes de Contas, no caso em tela, deverá ser exercido após a publicação do edital de licitação.

Por outro lado, a prerrogativa de sustação dos contratos irregulares poderia ser exercida pelas Cortes de Contas na hipótese de omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo (art. 71, X e §§ 1.º e 2.º, da CRFB) e respeitados os parâmetros fixados pelos arts. 20 e 21 da LINDB.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Controle das licitações pelo tribunal de contas. *RDA*, n. 239, p. 104, jan./mar. 2005.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Notas sobre os sistemas de controle dos atos e contratos administrativos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, n. 5, p. 6.085-6.086, set. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício, SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamento Público e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 91-116, out./dez. 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo. Quartier Latin, 2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidade e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. O controle de licitações e contratos administrativos pelos tribunais de contas. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹ De acordo com Jacques Chevallier: “O Estado de direito significa, na prática, que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado é disciplinada, em todos os níveis, pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz: isso pressupõe que os eleitos não disponham mais de uma autoridade indivisa, mas que seu poder seja constitutivamente limitado; e implica que eles se submetam às regras que eles próprios estabeleceram.” CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 206-207.

² Sobre a responsividade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma: “No Direito Público estruturado, a responsabilidade é pedra angular do sistema, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, até mesmo por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, dever este extensivo a seus agentes, que livremente assumem o múnus de executar as várias e distintas funções que essa mesma ordem jurídica se lhes impõe. [...] a responsividade, tal como surgiu, a partir dos estudos sobre a participação política, é um princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

³ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 237-238.

⁴ Nesse sentido, o tema 157 da repercussão geral do STF (RE 729.744/MG): “O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.” Marianna Montebello Willeman reconhece que, em relação às contas do Prefeito Municipal, o pronunciamento da Corte de Contas evidencia uma natureza “quase-vinculante”, em razão do quórum qualificado de 2/3 para a sua superação pela Câmara Municipal. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 241.

⁵ Sobre as competências do Tribunal de Contas da União, vide, por exemplo: ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo. Quartier Latin, 2019.

⁶ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustentam: “É indiscutível a importância do Tribunal de Contas no controle dos gastos públicos e, nesse contexto, no equilíbrio de forças entre os Poderes integrantes do Estado brasileiro. Órgão dotado de prerrogativas especiais, ele atua como auxiliar do Legislativo na função de controle externo da administração (art. 71 da Constituição Federal). Mas não é por ser ‘auxiliar’ do Legislativo que ele não desempenhe, de modo autônomo, competências próprias. Somam-se, ao papel de auxílio ao Legislativo, funções autônomas de controle, pelas quais o Tribunal de Contas exerce, por força própria, competências de caráter interventivo em relação à atuação das entidades administrativas e de particulares quanto a recursos

públicos.” SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidade e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 179. Com o mesmo entendimento: WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 254-258.

⁷ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 121.

⁸ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 77; NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício, SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamento Público e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidade e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

¹⁰ Essa classificação é apresentada por André Rosilho. ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 120.

¹¹ O poder geral de cautela do TCU encontrava previsão no seu Regimento Interno (art. 276 do RITCU) e era reconhecido pelo STF: “PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. (...) 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 (...)” (STF, MS 24.510/DF, Rel(a). Min(a). Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 19/03/2004, p. 24).

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1218. Malgrado ser corriqueiro o envio dos editais de concessões e PPP's para uma análise prévia dos Tribunais de Contas, não existe uma norma legal que expressamente imponha a Administração Pública esse encargo. Normalmente, os órgãos de controle têm se fundado no artigo 18, VIII, da Lei nº 9.491/1997: “Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo: (...) VIII - preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”. Confira-se: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

¹³ Sobre a atuação do tribunal de contas como um *veto player*, Marianna Willeman afirma: “O controle realizado de maneira preventiva é usualmente criticado por implicar uma coadministração por parte da instituição de controle, que teria a prerrogativa de vetar determinada ação estatal. Essa potencial configuração da ISC como um *veto player*, como um ator que pode questionar e, até mesmo, obstaculizar uma ação administrativa, é alvo de intensa controvérsia, que claramente polariza duas distintas filosofias a respeito da auditoria pública: de um lado, a tendência mais liberal, que se preocupa em limitar e restringir a atuação administrativa do Estado, acomodando-se mais propriamente ao controle prévio; e, de outro lado, a tendência gerencial, que se preocupa com o aprimoramento da gestão do setor público e que, dessa forma, identifica-se mais com o modelo *a posteriori* de auditoria de desempenho (performance).” WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 68. Discordando sobre a atribuição da corte de contas preventivamente impedir a realização de ações administrativas, vide: SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidade e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 192; JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? *Revista*

¹⁴ Como aponta Bruno Speck: “Longe de constituir uma questão técnica, o controle prévio transforma o Tribunal de Contas em um órgão quase-administrativo. O encaminhamento prático do controle prévio é condicionar as ordens de despesas ao registro pelo Tribunal de Contas, envolvendo essa instituição no próprio processo administrativo. De fato, o Tribunal viraria, dessa forma, um aliado do Tesouro contra os ministros na contenção de despesas. Mas, em outros casos, como o ilustrado acima, o Tribunal seria um órgão administrativo com poderes de veto, mesmo que não inserido na hierarquia do Poder Executivo.” SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 53. Sobre o tema, vide também: SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidade e limites*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 193.

¹⁵ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 233.

¹⁶ Esse sistema de controle se caracteriza por uma espécie de certificação anterior promovida pelos Tribunais de Contas sobre a regularidade dos atos e contratos administrativos, sem a qual não se produziriam quaisquer efeitos jurídicos e práticos. Sobre o tema, vide: SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 50-53.

¹⁷ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 53.

¹⁸ STF. RE 547.063/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, Julg. 07/10/2008.

¹⁹ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma: “No sistema brasileiro, a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, mediante controle externo do Tribunal de Contas, é, de regra, exercida *a posteriori*, e não *a priori*. Salvo exceção expressa, não tem apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos”. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 235. De forma semelhante, Eduardo Jordão sustenta: “Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a intervenção prévia do TCU, no contexto relevante para projetos de infraestrutura, não está autorizada *explicitamente* pela Constituição Federal. De fato, na disciplina constitucional corretiva apresentada no tópico anterior, não há qualquer previsão de atuação antes da emissão de um ato administrativo, na fase de sua preparação”. JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?* *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 215, out./dez. 2014. Sobre o tema, vide também: MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 222; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 231; SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidade e limites*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 193.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 237-238; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 441-442.

²¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Notas sobre os sistemas de controle dos atos e contratos administrativos*. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, n. 5, p. 6.085-6.086, set. 2005; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 998; WILLEMANN, Marianna Montebello. *O controle de licitações e contratos administrativos pelos tribunais de contas*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.

305; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Controle das licitações pelo tribunal de contas. *RDA*, n. 239, p. 104, jan./mar. 2005.

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 284-285.

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 91-116, out./dez. 2020; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 52-54.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 25 mai. 2021.
Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.