

O papel dos Tribunais de Contas no controle das contratações públicas: dos aspectos estruturais aos procedimentais

The mission of the Courts of Accounts in the control of public procurement: aspects structural to procedural aspects

<https://doi.org/10.32586/rcda.v21i2.853>

Ismar dos Santos Viana¹

José Roberto Pimenta de Oliveira²

RESUMO

O artigo tem como objeto de estudo a análise do sentido e alcance do novo parâmetro de controle das contratações inaugurado pela Lei nº 14.133, de 2021, sob a ótica do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, destacadamente a teoria que versa sobre a independência do sistema de controle externo, e seus fundamentos e limites constitucionais e legais, inspirados na teoria do devido processo legal. A abordagem foca numa leitura sistematizada do próprio texto normativo, buscando evidenciar a preocupação do legislador com a correta estruturação do ambiente de licitações e contratações públicas como passagem para a superação dos obstáculos à plena efetividade do novo marco legal.

Palavras-chave: licitações; tribunais de contas; controle; novos parâmetros.

1 Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito. Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos. Especialista em Direito Educacional. Graduado em Letras (Português/Inglês). Membro Fundador do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Concretização de Políticas Públicas da Universidade Federal de Sergipe. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Combate à Corrupção da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (Idasan). Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Administrativo Sancionador do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Auditor de Controle Externo. E-mail: ismarviana@ismarviana.com.br

2 Mestre e doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Administrativo da PUC-SP, dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Corrupção (PUC-SP/CNPQ). Presidente do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (Idasan). Procurador Regional da República na 3ª Região (MPF). E-mail: jroliveira@puccsp.br

ABSTRACT

The paper has study's object the analysis of the meaning and scope of the new contracting control parameter inaugurated by Law nº 14.133, of 2021, from the perspective of Brazilian Sanctioning Administrative Law, notably the theory that deals with the independence of the external control system, and its constitutional and legal foundations and limits, inspired by the theory of due process of law. The approach focuses on a systematic reading of the normative text itself, seeking to highlight the legislator's concern with the correct structuring of the public bidding and contracting environment as a way to overcome obstacles to the full effectiveness of the new legal framework.

Keywords: competitive bidding; supreme audit institutions; control; new parameters.

Avaliado pelo sistema
double blind review
(SEER/OJS – versão 3)



Data de submissão: 14-02-2023

Data de versão final: 22-03-2023

Data de aprovação: 17-04-2023

Data de publicação online: 19-06-2023

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133, de 2021, que disciplina as licitações e contratos administrativos, ao elencar objetivos a serem alcançados por meio dos processos licitatórios, condiciona o alcance deles à implementação de processos e estruturas, impondo aos integrantes da alta estrutura estatal o dever de promover um ambiente íntegro e confiável (art. 11), com vistas a compatibilizar ações voltadas a evitar a ocorrência de sobrepreços e superfaturamentos, com o incentivo à inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

A imposição desse dever se alinha à preocupação do legislador com a defesa da probidade nas licitações e contratações públicas, que vem repletada em diversas passagens da Lei, não se restringindo ao controle de

aspectos procedimentais, avançando para aspectos estruturais, inclusive no que tange a vínculos funcionais de agentes de contratação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade, sinalizando, assim, para o papel e os parâmetros de atuação dos órgãos de controle, notadamente os Tribunais de Contas, que deverão agir, de forma concertada, para prevenir fraudes, sancionar e instrumentalizar iniciativas de cunho preventivo e repressivo a cargo de outros órgãos de controle, destacadamente as intentadas pelo Ministério Público (OLIVEIRA; CHAGAS, 2022).

Já no artigo 5º, a Lei traz os vetores de interpretação dos seus dispositivos, em cujo rol se encontram, dentre outros, os princípios da probidade administrativa, moralidade, desenvolvimento nacional sustentável, transparência, motivação, segurança jurídica, segregação de funções, celeridade, planejamento, fazendo remissão à observância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em mandamento que alcança agentes controlados e agentes controladores.

Nos artigos 7º e 8º, a Lei dedica espaço próprio aos atores funcionais que atuarão no ciclo de licitações e contratações públicas, trazendo definições relevantes no artigo 6º, incisos V, VI, L e LX. No artigo 7º, dedicado à arregimentação de pessoal para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei, o legislador impõe aos dirigentes máximos das instituições o poder-dever de promover a gestão por competências, condicionando a designação desses agentes à observância de requisitos legais mínimos.

No §1º do art. 7º, há detalhamento da forma de estruturação do ambiente institucional, impondo ao dirigente máximo da instituição o dever de observância do princípio da segregação de funções, vedando, ainda, a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, com vistas a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de fraudes nas contratações públicas, requisitos que devem ser observados na estruturação dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da administração.

No artigo 8º, também dedicado à arregimentação de pessoal, é possível se extrair a busca pelo alcance da imparcialidade e continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao definir as atribuições do agente de contratação e ofertar caminhos para responsabilização a partir da individualização de condutas, a Lei foi clara ao exigir que a designação desse agente deva recair necessariamente sobre servidor público efetivo, que será denominado de pregoeiro, quando se tratar de licitação na modalidade de pregão (§5º).

Desses requisitos se extrai que os fins a serem alcançados estão atrelados aos objetivos elencados no art. 11. Ainda nessa linha, constata-se que a designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei deve recair preferencialmente em servidor efetivo, dali também se extrai o dever de o gestor motivar escolha diversa, no processo de gestão por competências.

Preocupou-se, igualmente, com a qualificação adequada desses agentes, interditando, ainda, a atuação daqueles que mantenham vínculos pessoais com licitantes ou contratados habituais da administração, vedação extensível às equipes de apoio, conforme o artigo 7º, incisos II e III.

Esse desenho traçado pelo novo marco geral de licitações e contratações administrativas se alinha à busca pela sustentabilidade das compras públicas, que depende, necessariamente, da qualificação dos agentes que atuam na gestão e fiscalização contratual, o que justifica a imposição legal de providências a serem adotadas pela administração, previamente à celebração do contrato, abrangendo a capacitação desses agentes como elemento obrigatório do estudo técnico preliminar, nos termos do art. 18, §1º, inc. X.

A partir desse recorte e sem a pretensão de exaurir o vasto conteúdo, o artigo se propõe a discutir sobre os distintos papéis de agentes controladores, apresentando caminhos para a superação dos atuais desafios enfrentados pela administração pública, como o de garantir a efetividade na prevenção e repressão à fraude, compatibilizando independência en-

tre as distintas instâncias controladoras com o *non bis in idem*, tudo com vistas a evitar a sobreposição de competências de órgãos que integram o sistema constitucional de controle da administração pública, fator crítico e desfavorável à efetividade de responsabilizações devidas na forma da lei.

Assim, conhecidos os parâmetros ofertados pelo legislador para o alcance dos objetivos elencados no art. 11, buscar-se-á tratar dos papéis proativo e reativo dos órgãos de controle, avançando para a discussão sobre requisitos mínimos a serem observados no exercício de competências sancionadoras estatais, examinando-se a forma de cientificação ao Ministério Público sobre irregularidades identificadas pelos agentes que integram as três linhas de defesa.

Propõe-se, então, ofertar caminhos para que a concertação entre as instâncias administrativa, controladora e judicial pavimente terreno institucional para o qualificado, efetivo e independente enfrentamento de variadas práticas corruptivas, sem que o exercício do controle das contratações públicas se transforme em meio de interdição ou inibição às ações estatais institucionalmente inovadoras, por parte dos agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança dos órgãos e entidades submetidos à Lei nº 14.133.

Ao final, demonstra-se que o alcance desse fim depende, dentre outros, da delimitação do escopo das auditorias ordinárias, planejadas e realizadas pelos Tribunais de Contas (art. 170, *caput*), que devem mirar em aspectos estruturantes da governança das unidades jurisdicionadas, atinentes aos seus ambientes institucionais. Nesse sentido, necessário o exato cumprimento da lei, especialmente quanto às regulamentações que foram objeto de comando legal expresso (art. 169, §1º), bem como quanto ao disposto no art. 170, que exige critérios objetivos de fiscalização (critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco) reavivando nesta matéria a garantia fundamental de denúncia aos órgãos de controle.

2 A NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE PAPÉIS DOS INTEGRANTES DAS TRÊS LINHAS DE DEFESA, COMO MEIO DE EVITAR A SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES

O Título IV da Lei nº 14.133, de 2021, que trata “das irregularidades”, é dividido em três capítulos, sendo o primeiro destinado ao tratamento das “infrações e sanções administrativas”, o segundo, às “impugnações, pedidos de esclarecimentos e dos recursos”, e o terceiro com espaço próprio dedicado ao “controle das contratações”. Essa concentração topográfica e desenho legal do controle parecem buscar evitar que os Tribunais de Contas, como destinatários das representações de que trata o §4º do art. 170 da Lei, venham a se transformar em instituições recursais da função administrativa.

Conquanto o núcleo central dos três capítulos se encontrar diretamente ligado à prevenção e repressão às irregularidades em licitações e contratações públicas, os capítulos I e II estão preponderantemente afetos ao desempenho da função administrativa, em ordem de prioridade, ao passo que o capítulo III mira em parâmetros mínimos que devem ser observados no exercício da função de controle da administração pública, notadamente o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, a quem a Lei outorgou deveres afetos ao controle preventivo, concomitante e ordinário (artigos 141, 169, III, 170, *caput*, 173, dentre outros), e ao controle reativo e extraordinário (artigos 170, § 4º, 171, § 1º, v.g).

Considera-se controle ordinário aquele decorrente dos planos anuais e regulares de auditoria, aprovados previamente, nos termos legais e regimentais. De outro lado, controle extraordinário é aquele decorrente de representações e denúncias.

Importante registrar que o controle interno é a primeira trincheira na prevenção à ocorrência de fraudes e desvios. Os controles internos da

gestão se constituem na primeira linha (ou camada) de defesa das organizações públicas para propiciar o alcance de seus objetivos. Esses controles são operados por todos os agentes públicos responsáveis pela condução de atividades e tarefas, no âmbito dos macroprocessos finalísticos e de apoio dos órgãos e entidades no exercício de função administrativa.

A definição e a operacionalização dos controles internos devem levar em conta os riscos que se pretende mitigar, tendo em vista os objetivos das organizações públicas. Assim, levando-se em conta os objetivos estabelecidos pelos órgãos e entidades da administração pública e os riscos decorrentes de eventos internos ou externos que possam obstaculizar o alcance desses objetivos, devem ser posicionados os controles internos mais adequados para mitigar a probabilidade de ocorrência dos riscos, ou o seu impacto sobre os objetivos organizacionais.

Ao controle interno cabe identificar conflito de interesses, especialmente entre exercentes de cargos integrantes da alta estrutura estatal – secretários e diretores – e pessoas físicas e jurídicas contratadas pela administração. Daí que esse controle administrativo, dentro da própria esfera do órgão ou entidade da administração, constitui eficiente meio indutivo de boa gestão de recursos públicos, o que justifica a necessidade institucional da sua estruturação tempestiva, adequada, consistente e congruente com as suas finalidades.

Nesse sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem

o controle interno faz-se através da fiscalização exercitada pela própria estrutura organizacional que praticou os atos objetos da fiscalização. A natureza do controle interno é tipicamente administrativa e reporta-se não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da hierarquia (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1686).

Das balizas do sistema constitucional de controle da administração pública, em conjunto com o *caput* do art. 169 da Lei nº 14.133, de 2021, facilmente se percebe que o controle preventivo deve ser regularmente

exercido pelos integrantes das três linhas de defesa, cabendo ao Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas, além do controle preventivo ordinário, o controle reativo, cientificando ao Ministério Público, quando as irregularidades apuradas revelarem violações ao patrimônio público e social e aos outros direitos difusos e coletivos, atos de improbidade administrativa, ou ilícitos penais (OLIVEIRA; GROTTI, 2022).

Rememore-se que a Constituição Federal, ao adotar como núcleo fundante da boa administração pública a probidade na gestão de recursos públicos, conferiu aos órgãos distintos competências voltadas a combater a prática de atos ímprobos, daí porque a defesa da probidade não é um poder-dever apenas do Ministério Público, alcançando instituições superiores de auditoria (Tribunais de Contas). Em rigor, a utilização do pensamento sistemático é essencial na compreensão das normas constitucionais, que permitem a identificação de sistema constitucional de controle sobre a administração pública, e de sistema brasileiro anticorrupção, como parcelas específicas do ordenamento voltadas à normatização republicana nestas matérias.

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

Justen Filho (2021, p. 1691) assevera que:

excluídas situações limite relacionadas com a reserva do possível, inexistente justificativa para eximir a responsabilidade de autoridade administrativa que deixe de implantar equipamentos e programas de informática para o desempenho das funções

administrativas. Esses recursos são indispensáveis para afastar práticas defeituosas e assegurar a integridade interna da atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1691).

Nota-se, até a partir das expressões “deverão” (art. 169, “*caput*”) e “será” (art. 169, parágrafo único), que não há margem para discricionariedade, por parte dos agentes públicos, na implementação das práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, mas de vinculação ao comando normativo, obrigatoriedade, portanto, colocando inclusive, os integrantes das linhas de defesa na posição de garante, que podem, em razão de eventual “cegueira deliberada”, da intencional omissão, sujeitarem-se à responsabilização devida nas esferas pertinentes.

Sobre isso, aliás, merece destaque o Acórdão TCU nº 2892/2019 (Plenário, Relator André de Carvalho), em que se averba:

As alegações dos três juízes indiciados, em suas defesas, são afastadas, se não pelo reconhecimento do dolo direto em suas ações, porquanto foram eles que assinaram, diretamente, os contratos e cheques utilizados para a operacionalização dos fatos delituosos apurados, pelo menos pela inafastabilidade do dolo eventual. Há de se aplicar, no mínimo, a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também chamada de evitação consciente (*conscious avoidance*) ou das instruções do avestruz (*ostrich instructions*). Há provas de que os juízes federais [...] tinham conhecimento da nítida probabilidade de que o descontrole contábil e financeiro na gestão dos empréstimos tomados junto à Pouplex era meio para que o sindicato [...] a Ajufer como instituição financeira, a lhe financiar, gratuitamente, estilo de vida luxuoso. De posse desse conhecimento, nada fizeram, nenhuma providência fiscalizatória tomaram, havendo episódios em que se favoreceram diretamente desse descontrole. Vale dizer, permitiram condutas que mais que configurar infrações administrativas, adequam-se, em tese, a tipos penais, como o do art. 16 da Lei 7.492/1986, que, conforme já se disse, é de competência da Justiça Federal, dentro da área de atuação desses sindicatos, pelo que não se sustentam as alegações de que não reconheceram os elementos indicativos da conduta criminosa (Acórdão TCU nº 2892/2019 Plenário, Relator André de Carvalho).

No sentido da responsabilização pessoal do integrante da alta estrutura estatal é o entendimento de Marçal Justen Filho (2021, p. 1690), para quem “a insuficiência, as falhas organizacionais, as práticas ultrapassadas, a ausência de adoção de procedimentos adequados acarretam a responsabilização pessoal dos agentes investidos da alta administração da unidade administrativa”.

Vê-se, pois, que o objetivo a ser alcançado com a alocação das três linhas de defesa, tal como firmada no plano legislativo, é ampliar o número de órgãos e agentes públicos no exercício do controle preventivo, estimulando-os a atuar com vistas a corrigir as impropriedades formais, e, ainda, a agir colaborativamente com as Instituições que têm as atribuições constitucionais e legais de processar e sancionar agentes públicos e privados em decorrência de irregularidades na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021.

2.1 Do controle preventivo sobre a governança a ser exercido pelos Tribunais de Contas

O exercício do controle preventivo, por meio dos Tribunais de Contas, tem como ponto de partida o sentido e alcance de governança, integridade e confiança, instrumentos e valores cuja concretização, dentro do panorama da Lei nº 14.133, de 2021, depende da necessária implementação de programas de gestão de riscos e da estruturação de controles internos.

Para alcançar esses fins e promover um ambiente íntegro e confiável, o parágrafo único do art. 169 colocou a alta administração do órgão ou entidade como responsável pela governança das contratações, criando para esses agentes públicos o dever de implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, com vistas a avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos.

Indaga-se, como transformar o texto normativo em prática normativa e institucionalizada, percorrendo da normatividade à efetividade? Primeiro, deve-se partir da interpretação sistemática do próprio texto da Lei,

buscando os sentidos extraíveis, consoante aos ensinamentos de Humberto Ávila, a começar por governança (ÁVILA, 2019, p. 50).

Ao tratar da governança, o Referencial Básico de Governança do TCU, aplicável a órgãos e entidades da administração pública, define que “governança pode ser descrita como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle”.

Em termos de governança, é relevante alterar substantivamente a forma como se promove a nomeação para cargos em comissão e função de confiança no aparelho do Estado. Neste, merece destaque que o processo de escolha de integrantes da alta administração e o provimento de cargos no âmbito do controle interno (v.g. diretor de controle interno e controlador interno) exercem influência na promoção de ambientes íntegros e confiáveis.

A respeito, merece citação a decisão lavrada no RE nº 1.264.676-SC (Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento 08.06.2020), pela qual o Supremo Tribunal Federal, na esteira da jurisprudência firmada no Tema 1010, em Repercussão Geral, considerou inconstitucional legislação estadual que criou os cargos de Controlador Interno e de Diretor de Controle Interno, em âmbito municipal, que não podem ter provimento comissionado ou mediante função gratificada, com esteio no artigo 37, inciso II, da CF, enfatizando explicitamente a natureza técnica das atribuições inerentes ao desempenho da função pública de controle interno. Esta jurisprudência é claro estímulo em prol da governança, e deve servir de orientação na sua modelagem.

Na mesma trilha, a Lei nº 14.129, de 2021 - que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública – traz, como medida de transparência ativa, a obrigatoriedade de divulgação em sítios governamentais, de currículos dos ocupantes de cargos de chefia e direção (art. 29, §2º, inc. X), contem-

plando, na temática do Governo Digital, parâmetros de governança, gestão de riscos, controle e auditoria (artigos 47 a 49). Em outros termos, a legislação nacional sobre licitações e contratações administrativas (Lei nº 14.133) está amplamente em harmonia com esta relevante legislação federal sobre Governo Digital na administração pública (Lei nº 14.129), pelo dever administrativo ampliado de aperfeiçoamento de instrumentos de governança, gestão de riscos, controle e auditoria, na construção de ambiente íntegro e confiável.

Quanto à integridade, ressalta-se que o Referencial de Combate à Fraude e Corrupção, elaborado pelo TCU, é forte no destaque à atividade de prevenção, reconhecendo que “a atitude mais eficiente e proativa para preservar os recursos públicos é prevenir que sejam desviados dos seus propósitos”. O mecanismo da prevenção é composto por três componentes: gestão da ética, controles preventivos e transparência e *accountability*. Na gestão da ética e integridade, as práticas devem ancorar-se “principalmente no exemplo da alta administração, no estabelecimento de códigos, estrutura, comunicação, treinamento, sanções e monitoramento”.

A omissão na implementação de programas de gestão de ética e integridade, pelos integrantes da alta administração (na esteira do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133), “manchará a gestão, e qualquer atividade pode levantar dúvidas quanto à legitimidade, probidade e motivação dos seus atos”, como preconiza o sobredito Referencial.

Assim, a governança busca garantir a permanente confiança dos cidadãos nas instituições, estimulando-os a contratar com a administração pública, num ambiente íntegro e confiável, capaz de alcançar a tão almejada e necessária vantajosidade republicana nas contratações, fim inalcançável em ambientes permeados por práticas corruptivas e fraudulentas, e que repercutem, em diversos graus de lesividade, na competitividade incentivada pelas disputas licitatórias.

Mirando neste objetivo, o legislador impôs aos integrantes da alta administração o dever não apenas de implementar a gestão de risco, mas

o de estruturar controles internos – o que abrange a obrigação de regulamentar práticas contínuas e permanentes, conforme disposto no §1º do art. 169 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – mandamento legal que deve ser objeto de permanente acompanhamento pelos Tribunais de Contas, com fulcro no art. 71, inc. IX da Constituição.

E como a própria Lei de Licitações reconhece o dever jurídico do responsável pela estruturação do controle interno, a deliberada omissão dos integrantes da alta administração é passível de enquadramento como irregularidade que configura dano à administração – notadamente quando se leva em conta o dano à imagem reputacional – a ser apurado, também, pelos Tribunais de Contas, nos termos do inciso II do §3º do art. 169 da Lei nº 14.133, de 2021. sem prejuízo do dever de cientificação ao Ministério Público e às advocacias públicas competentes, como prática abusiva, com fulcro no art. 71, inc. XI da Constituição.

Em relevante julgado do Superior Tribunal de Justiça, a Corte julgou pelo cabimento de dever de indenização de danos extrapatrimoniais causados a determinada Autarquia, por agentes públicos, gerando prejuízos insuscetíveis de apreciação econômica e de extensão incalculável, no bojo do RESP nº 1.722.423-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, por unanimidade, julgamento 24.11.2020, DJe 18/12/2020.

Resta nítido, portanto, que a promoção de um ambiente íntegro e confiável a que objetiva alcançar a Lei nº 14.133 se alinha à busca pela proteção da confiança dos cidadãos e da sociedade na gestão pública, como vertente do princípio da segurança jurídica, condicionado as práticas administrativas nas contratações administrativas, tal como contemplado no §1º do art. 169.

É possível concluir, então, que a governança nas licitações e contratações públicas deve, por imperativos jurídicos presentes na Lei nº 14.133, ser objeto de fiscalizações – ordinárias, extraordinárias ou especiais – realizadas pelos Tribunais de Contas competentes.

A distinção entre auditorias ordinárias, extraordinárias ou especiais tem definição contemplada, a propósito na Resolução nº 334, de 2019, do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe:

Art. 11 As auditorias, quanto à natureza, podem ser ordinárias, extraordinárias e especiais.

§1º A auditoria ordinária é a modalidade de auditoria previamente programada, segundo o Plano Anual de Auditoria – PAA, e será realizada mediante programação das Coordenadorias Técnicas, por meio do Plano Anual de Trabalho – PAT.

§2º A auditoria extraordinária será adotada, independente de programação, para objetos, cuja relevância ou gravidade exijam exame mais aprofundado e imediato, decorrente de denúncias ou representações, bem como as solicitadas pelo Poder Legislativo.

[...] §4º A auditoria especial será adotada para objetos relevantes, de natureza incomum ou extraordinária, podendo envolver diferentes unidades gestoras de uma ou mais relatorias, instruída por meio de um único processo de auditoria, independente de programação (TCE-SE, 2019).

Ressalte-se que fiscalização é o termo genérico comumente utilizado para referir, nos Tribunais de Contas, às auditorias, inspeções, acompanhamentos e demais procedimentos investigativos na esfera do controle externo, levadas a cabo na fase de auditoria e instrução processual, fase em que são oportunizados contraditório e ampla defesa, para permitir que sejam emitidas as conclusões instrutórias e respectivas propostas de encaminhamento.

O significado amplo da expressão está cristalizado na Constituição Federal, em seu artigo 70:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (CRFB, 1988).

A deflagração dessas fiscalizações, registre-se, deve ser pautada pela observância dos critérios objetivos de oportunidade, materialidade, relevância e risco, nos termos do art. 170 da Lei nº 14.133, conferindo tratamento distinto entre impropriedades formais e irregularidades que configurem dano à administração pública, evitando, assim, que o exercício desse controle possa, de forma injustificada, dar ensejo à interrupção de ciclos de licitações e contratações públicas.

A nota distintiva entre impropriedades formais e irregularidades passa pela identificação da repercussão da conduta, relativamente ao bem jurídico tutelado nas circunstâncias do caso concreto. No caso, o enquadramento de determinados fatos em simples impropriedade formal ou irregularidade que causa dano à administração passa pela evidenciação da transgressão – materialmente relevante – às normas jurídicas aplicáveis, cujos efeitos possam comprometer ou inviabilizar a concretização dos objetivos descritos no art. 11, da Lei nº 14.133.

Diante disso, as auditorias ordinárias realizadas pelos Tribunais de Contas, ancoradas no *caput* do art. 170, da Lei nº 14.133, devem concentrar-se, sobretudo, na verificação da aderência da gestão administrativa às exigências legais de governança, destacadamente ao disposto nos artigos 7º, 8º e 117, cujos textos normativos versam sobre a escolha de agentes públicos que atuam no ciclo de licitação e contratação pública, contribuindo, assim, para que a escolha deles, em todas as suas fases, “seja pautada por gestão de competências, pela análise de perfil ético, por meio de uma avaliação detida do comportamento passado (*background check*), abrangendo o levantamento de informações funcionais desses agentes”, conforme defende Tatiana Camarão (2022).

Por fim, merece destaque que este controle preventivo de governança aloca-se como regular controle de legalidade, e deverá ser exercido dentro dos limites institucionalmente alinhavados pela Lei nº 14.133.

2.2 Do controle reativo pelos Tribunais de Contas do Brasil – observância do devido processo legal na esfera de controle externo – art. 171 da Lei nº 14.133, de 2021

Discutido, em linhas gerais, sobre o alcance do controle preventivo, passe-se a tratar do controle reativo, partindo do seguinte questionamento: como o controle reativo é ordinariamente exercido, dado que os Tribunais de Contas devem agir de modo independente de provocação?

Afora o art. 173, que trata do dever de capacitação dos agentes públicos efetivos funcionalmente vinculados às unidades jurisdicionadas, as demais passagens em que a Lei traz o poder-dever de atuação dos Tribunais de Contas, de forma expressa, estão condicionadas à constatação de irregularidades na aplicação dela, inclusive por omissão. Essa é a literalidade do §4º do art. 170, cujo texto não tratou de representação contra impropriedades formais, mas, sim, de representação contra irregularidades.

Isso, contudo, não afasta a competência dos Tribunais de Contas de determinar o saneamento de simples impropriedades formais que eventualmente não tenham sido objeto de imposição corretiva pelos órgãos integrantes das linhas de defesa.

Assim, embora o inciso III do art. 169 tenha inserido o Tribunal de Contas na terceira linha de defesa, no controle de licitações e contratações – até em razão do poder-dever de determinação conferida aos Tribunais de Contas pelo inciso IX do art. 71 da Constituição – entende-se que a lei condiciona a atuação de controle externo à necessária apuração das infrações administrativas de contas.

A atividade de Tribunais Contas, na apuração de infrações administrativas de contas e correlata sanção de controle externo, em busca de responsabilização efetiva, mediante o devido processo legal de controle externo, encampa relevante capítulo do Direito Administrativo Sancionador. Trata-se de atividade de caráter sancionador não penal, protetiva de relevantes bens jurídicos constitucionais, de índole pública, atribuída ao sistema

autônomo de controle externo, objeto de investigação e análise científica como parcela do Direito Administrativo (OLIVEIRA; GROTTI, 2020).

Integrada ao Direito Administrativo Sancionador, segue-se o desafio de constituir, interpretar e aplicar o seu modelo singular ao conjunto de princípios materiais e formais, constitucionalmente edificados a partir do paradigma de Estado Democrático de Direito e imperatividade de direitos e garantias fundamentais.

A Lei nº 14.133 reconhece o esteio principiológico que deve estar na base da atividade de controle externo, em matéria de licitações e contratações, quando determina observância dos princípios da segregação de funções e da individualização de condutas (CF. art. 169, inc. II, §3º).

Exige-se a regular apuração de irregularidades no sistema autônomo do controle externo, sendo inequívoco que as apurações levadas a cabo pelos Tribunais de Contas, neste controle reativo, mostram-se fundamentais para responsabilizações, em outros sistemas institucionalizados de responsabilidade.

Neste contexto, se constatada irregularidade que configure dano à administração pública (com ou sem prejuízo financeiramente quantificável), devem os integrantes das linhas de defesa de que tratam os incisos I, II e III do *caput* do art. 169 remeterem ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Salta aos olhos que a Lei nº 14.133 corrobora os pilares do devido processo legal de controle externo, ao tratar da fiscalização dos atos nela previstos, revelando a preocupação com a melhoria da qualidade decisória dos Tribunais de Contas, inclusive quando se tratar de suspensão cautelar de processos licitatórios.

O texto legal condiciona a apuração de irregularidades pelo Tribunal de Contas ao dever de observância da segregação de funções, da imparcialidade, da individualização de condutas e da elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do

respectivo órgão de controle, nos termos do art. 169, §3º, inc. II e 171, inc. II, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados.

O novo panorama legislativo aponta a necessidade de melhoria na *performance* dos órgãos de auditoria e instrução processual no âmbito de Tribunais de Contas, de onde partem as fiscalizações e em cuja esfera se inaugura o contraditório e se promove a análise das razões defensivas (fase de instrução do processo, a que alude o art. 170, §1º), antes do processo ir a regular julgamento.

Marçal Justen Filho (2021, p. 1690) enfatiza a necessária observância da lógica incorporada pelo art. 169, na atividade instrutória. *Verbis*:

formulação adotada no art. 169 implica também a superação da concepção antagônica da atuação dos órgãos de controle externo e dos demais agentes públicos. Esse enfoque deve orientar não apenas a conduta dos agentes públicos em geral, mas também ser incorporado à visão de mundo das unidades técnicas dos órgãos de controle externo (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1690).

Assim, ao tempo em que reconhece o Tribunal de Contas como instituição receptora de denúncias e representações de irregularidades na aplicação da lei (art. 170, §4º), busca-se evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas possam interferir na apuração e julgamento dos fatos levados ao conhecimento dessas instituições de controle externo. É uma garantia que interrupções injustificadas de políticas públicas não venham a comprometer a regular e tempestiva prestação de serviços públicos.

As disposições da Lei nº 14.133 traduzem o dever de observância do devido processo legal na esfera de controle externo como condição de legitimidade processual-decisória, em sintonia com os arts. 71 e 73 c/c 96, I, “a” da Constituição, corroborando com a imprescindibilidade de manifestações técnicas como peças processuais obrigatórias, inclusive quando se tratar de suspensão de processos licitatórios, ainda que a urgência ve-

na a demandar atuação institucional imediata, com vistas a preservar a presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos sujeitos ao controle.

Quanto à segregação de funções, ainda que não tivesse previsão expressa na Lei nº 14.133, cumpre registrar que o modelo adotado pela Constituição Federal para a auditoria do setor público foi o de Tribunal de Contas – e não o de Auditoria Geral, exercendo a Corte de Contas capacidade sancionatória própria.

No modelo constitucional brasileiro, a colegialidade processual-decisória é condição essencial à legitimidade de atuação dessas instituições, de modo que as decisões monocráticas representam exceção, cuja eficácia plena se aperfeiçoa com o referendo do colegiado judicante³.

Aliás, sobre a segregação de funções no âmbito do órgão controlador, Marçal Justen Filho (2021, p. 1700) considera que é “indispensável promover a efetiva segregação de funções, inclusive no âmbito dos órgãos de controle”.

A segregação se deve, também, à ausência de relação de subordinação hierárquica entre agente controlador e agente controlado, cuja produção jurídica goza de presunção de legitimidade. Somente a pluralidade de manifestações instrutórias e judicantes na esfera de controle externo, exercido pelos Tribunais de Contas, enquanto Instituições Superiores de Auditoria de natureza colegiada, tem o condão de justificar a prevalência da deliberação controladora sobre atos praticados no âmbito da função administrativa, por órgãos singulares ou colegiados.

Sobre segregação de funções, aliás, oportuno registrar que o TCU,

³ Este termo “colegialidade processual-decisória” foi cunhado por um dos autores, na obra Fundamentos do Processo de Controle Externo, para explicar que, em sendo institucionais, as competências dos Tribunais de Contas, e não de um agente controlador isoladamente, dependem de manifestações conclusivas no âmbito da fase de auditoria e instrução, da atuação de órgão especial como fiscal da lei e da decisão pelos julgadores. Entende-se que a colegialidade imposta, para fins de observância às normas e garantias processuais (art. 73 c/c 96, inc. I, alínea “a” da CF), não é apenas decisória/judicante, mas também processual, exigindo o concurso dos atores das funções essenciais ao processo de controle externo. Essa conformação de matriz constitucional confere legitimidade à atuação do controle, que repercute/intervém na atuação de outros agentes públicos, bem como em decisões da administração pública, com vistas à mitigação de riscos de interferências indevidas do órgão de controle na seara de competência dos órgãos controlados. Sob este prisma, o princípio da segregação de funções é lastro nas perspectivas interna (entre as funções essenciais ao processo) e externa (na relação controlador-administrado), para não invadir a esfera típica dos administradores (VIANA, 2019, p. 13).

no Acórdão nº 13.687/2020 - 2ª Câmara, assim consignou:

18. Nessa seara, não deve o controle incorrer em indevida substituição quanto à discricionariedade do gestor, formulador do Termo de Referência e das necessidades e condições da contratação, atendidos os requisitos legais pertinentes, interpretando ou sugerindo uma métrica a posteriori para os serviços que foram, destaque, efetivamente prestados (TCU, 2020).

A colegialidade processual-decisória é inequívoca garantia institucional para impedir o risco de imposição de um pensamento único por parte dos órgãos de controle. Neste sentido, opera como limitação ao exercício do controle, e tutela a regularidade de decisões a ele submetidas. Conforme o artigo 13 do decreto nº 9.830, de 2019, regulamentando os artigos 20 a 30 da LINDB, “a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas”. A colegialidade implica em forma orgânica de concessão de legitimidade à atividade de controle.

No âmbito dos Tribunais de Contas, o processo deliberativo também está segmentado por fases, que devem ser observadas, como exigência do devido processo legal. Devem ser consideradas etapas ou fase do processo, a instrução, o parecer do Ministério Público e o julgamento/apreciação, tal como previsto no art. 156 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU). Este dispositivo, inclusive, impõe aos auditores de controle externo, na etapa (fase) de instrução, as mesmas regras de impedimentos e suspeições dos Ministros, elencadas no inciso VIII do art. 39.

A delimitação da fase de instrução, por sua vez, é desenhada no RITCU (artigo 160 e seus parágrafos), dispondo que nela se dá o exercício da ampla defesa, admitindo-se a juntada de documentos até o seu término, e aduzindo que se considera terminada a etapa de instrução processual, quando o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo. Com

este desenho institucional, não há dúvida razoável sobre a segregação de funções entre a instrução e o julgamento, no âmbito do TCU.

É de se ressaltar que as conclusões obtidas na etapa (fase) de instrução são partes essenciais das decisões dos Tribunais de Contas, conforme se depreende do art. 1º, §3º, I da Lei nº 8.443/1992 (LOTUCU), a justificar a preocupação do legislador com a fiscalização e a fase de instrução, uma vez que é no âmbito da fase de instrução que se dá o exercício do contraditório.

Não por outra razão, o §1º do art. 170 da Lei nº 14.133, ao remeter a conclusão da fase de instrução como limite para que os órgãos e as entidades responsáveis apresentem as suas razões, estabelece, expressamente, que, no bojo da fiscalização (*caput* do art. 170), essas razões apresentadas devem ser consideradas para fins das conclusões instrutórias e propostas de encaminhamento, viabilizando relatórios tecnicamente fundamentados e imparciais, a que alude o art. 171, inc. II, do mesmo diploma legal.

Reputa-se importante rememorar que os Tribunais de Contas concentram, dentro de uma mesma estrutura institucional, funções investigatórias, acusatórias e judicantes, diferentemente de órgãos colegiados do Poder Judiciário, em que exercício da função jurisdicional se materializa por meio de órgãos distintos daqueles incumbidos das funções de investigar e acusar.

Essa singularidade estampada e delimitada em normas regimentais se amolda ao princípio acusatório, a partir de aspectos estruturais que guardam direta relação com o devido processo legal substancial, a exemplo da necessária independência entre as unidades de auditoria e instrução processual e o colegiado julgador, concretizando a devida segregação entre quem instrui e acusa e quem julga, como premissa essencial à imparcialidade de investigações e de julgamentos no âmbito do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

O advento da Lei nº 14.133 reforça que a tomada de decisão que der ensejo à suspensão de processos licitatórios, no âmbito do controle das contratações pelos Tribunais de Contas, também não pode ser concentra-

da na atuação de um só agente – decisão monocrática sem manifestação dos órgãos de auditoria e instrução processual – como um ato controlador unipessoal, sob pena de comprometer a imparcialidade no controle que o texto da nova lei de licitações visa alcançar.

Com o objetivo de facilitar a compreensão do leitor, dada as peculiaridades da linguagem do controle, reputa-se necessário precisar o conceito de órgãos de auditoria e instrução processual: unidades técnicas finalísticas, no âmbito dos Tribunais de Contas, onde se desenvolve a instrução processual.

É bem verdade que há situações em que a iminência do risco de ocorrência do evento danoso exige providências imediatas e que não podem se sujeitar ao prazo ordinariamente previsto para análise pelo órgão de auditoria e instrução processual, demandando que essa análise se dê em tempo hábil para não comprometer a eficácia de eventual medida cautelar a ser expedida. Isso, contudo, não pode ser entendido como mera dispensa dessa análise pelo órgão de auditoria e instrução processual, que constitui condição de legalidade e, por via de consequência, garantia processual de quem sofrerá os efeitos de provimentos acautelatórios. Sob correta ponderação axiológica, nessas situações excepcionalíssimas, o sistema de Controle Externo deve corretamente processualizar a medida de forma mais célere possível na tutela de urgência, sem prejuízo de manifestações técnicas.

É que, a despeito da presunção de veracidade dos documentos públicos que, em regra, constituem parte integrante das peças denunciativas, o juízo de admissibilidade das denúncias e das representações não deve prescindir da necessária valoração deles, por parte dos órgãos instrutórios, cuja produção jurídica constitui parte integrante das decisões dos Tribunais de Contas, como revela o art. 1º, §3º, I da LOTCU.

Não por outra razão, esse caminho se encontra contemplado no §6º do art. 250 do RITCU, que, ao versar sobre a apreciação de processos relativos à fiscalização de atos e contratos, impõe à unidade técnica responsável pela fiscalização que priorize a instrução processual, quando as

matérias objetos da oitiva possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo e demandarem urgente decisão de mérito.

Parece evidente que tanto a atuação proativa quanto a reativa dos Tribunais de Contas não podem prescindir do dever de observância da segregação de funções entre a atividade instrutória (a cargo dos órgãos de auditoria e instrução processual), e a atividade judicante (a cargo do colegiado julgador), mesmo quando a situação exigir urgência na atuação institucional. A não observância desse dever, aliás, pode aguçar as críticas sobre supostas interferências indevidas na função administrativa, deslegitimando a atuação controladora, que também se encontra sujeita às diretrizes de governança.

2.2.1 A não observância do art. 171, inc. I da Lei nº 14.133, de 2021, e nulidade processual no âmbito dos processos de controle externo

A Lei, em seu artigo 171, inciso I, prescreve que deverá ser viabilizada, na fiscalização, 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 possam disponibilizar subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições.

Observe que o dever de oportunizar é restrito às hipóteses que possam trazer impacto significativo. Em outras situações, todavia, nada impedirá que similar providência seja adotada.

Esse dever se alinha aos princípios da cooperação, razoável duração do processo, efetividade e racionalidade administrativa, num formato de controle externo dialógico e responsivo, em desdobramento do princípio do devido processo legal.

Referido dispositivo legal deve suscitar alguns questionamentos, sobre: qual a fase do controle dos atos em que deve ser oportunizada a

manifestação pelos Tribunais de Contas; se todas as propostas devem ser submetidas à manifestação prévia das unidades jurisdicionadas; qual forma se dará a avaliação da relação entre custo e benefício; se a não submissão prévia deve ser discutida no plano da validade – mera irregularidade, nulidade absoluta e relativa – ou no plano da existência.

Trata-se, aqui, explique-se, de sistema de nulidades processuais, dado que todo ato processual é, também, um ato jurídico, daí porque se faz necessário lançar luz sobre o exame dos vícios de forma e as consequentes nulidades processuais.

O *caput* do artigo induz que a oportunidade de manifestação se materializa já na fase de fiscalização e instrução processual, ou seja, antes do opinamento do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas, o que parece incorporar o rito já contemplado no âmbito do TCU, na Resolução nº 315, de 2020, do TCU.

A interpretação que se propõe do inciso I do art. 171 da Lei nº 14.133 deve ocorrer em conjunto com o art. 14 da aludida Resolução, cujo texto prescreve que a unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação.

Assim, apenas as propostas que tenham o potencial de produzir impactos significativos na rotina da unidade jurisdicionada devem, a título de requisito procedimental de validade, ser submetidas à oitiva prévia do gestor, que deverá apresentar dados e informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas, o que deve ser concretizado por meio do envio do relatório preliminar da fiscalização ou da instrução que contenha as propostas de determinação ou recomendação, procedimento que não se confunde com o contraditório processual, que se desenvolve em fase posterior, na fase de instrução, logo após a atuação.

Conforme o art. 14 da Resolução TCU 315, será dispensada a manifestação prévia da unidade jurisdicionada se as circunstâncias do processo

permitirem antecipar a possível proposta de encaminhamento, facultando à unidade se manifestar na etapa de contraditório ou na reunião de encerramento dos trabalhos. Isto se amolda ao inciso I do art. 171 da Lei nº 14.133, que condicionou a oitiva prévia, em fase instrutória, apenas às hipóteses que possam produzir impacto significativo nas “rotinas de trabalho” da unidade fiscalizada.

Esclareça-se que o conceito “rotinas de trabalho”, utilizado pela Lei nº 14.133, deve ser entendido de forma abrangente, não se resumindo a efeitos na organização e em procedimentos na unidade jurisdicionada. Como conceito jurídico indeterminado, deverá abranger toda a atividade administrativa (atividade-meio e atividade-fim) da unidade jurisdicionada.

Quanto à relação custo e benefício de que trata o inc. I do art. 171 da Lei nº 14.133, nota-se que a disponibilização de subsídios para a avaliação prévia dessa relação cabe primariamente ao gestor público.

Em termos de informações indispensáveis para esta avaliação pelo controle externo, registre-se que o §2º do art. 11 da Resolução TCU nº 315, condiciona a formulação de propostas de recomendação ao dever de observância de alguns pressupostos, dentre os quais, o de apresentar boa relação custo-benefício e considerar as eventuais alternativas propostas pela unidade jurisdicionada, cravando, em seu art. 12, que não devem ser formuladas recomendações genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada.

Uma leitura do artigo 15 da Resolução TCU nº 315, que se encontra topograficamente inserido na seção que trata da construção participativa das deliberações, em conjunto com o parágrafo único do seu art. 1º, conduz o intérprete à conclusão de que a valoração das manifestações das unidades jurisdicionadas constitui dever jurídico tanto das unidades técnicas instrutivas quanto do colegiado julgador, nas deliberações, devendo ser justificada a manutenção das propostas preliminares, caso apresentadas consequências negativas ou soluções de melhor custo-benefício.

Intercambiando a discussão com o art. 20 da LINDB, note-se que o conteúdo normativo deste não se confunde com o do art. 171, inc. I

da Lei nº 14.133, embora possuam a mesma essência dialógica quanto às medidas propostas/impostas pelos Tribunais de Contas à administração pública. Enquanto o art. 171, inc. I impõe a oitiva prévia obrigatória apenas para as propostas de encaminhamento com impacto significativo nas rotinas de trabalho das unidades jurisdicionadas, o art. 20 da LINDB remete a quaisquer proposições alicerçadas em valores jurídicos abstratos.

Ainda nessa linha, importante registrar que o art. 14 da Resolução TCU, nº 315, excetuadas as hipóteses do §2º, estabelece que o gestor deve ser ouvido, antes da formulação da proposta de encaminhamento, pelas unidades de fiscalização e instrução processual, viabilizando a apresentação de informações quanto às consequências práticas da implementação de medidas aventadas e eventuais alternativas.

A exigência da Lei nº 14.133 levanta a discussão em torno do plano processual da validade, com vistas a aferir a necessidade ou não de demonstração de prejuízo e a quem caberia essa demonstração, especificamente quando não houver a oportunidade da oitiva prévia do fiscalizado – ato processual que tem por finalidade a construção participativa das deliberações – especialmente porque a ausência de impacto significativo torna prescindível a oitiva prévia.

Do dispositivo se extrai que a providência normativa objetiva, sob uma perspectiva abrangente de controle externo, tutelar a continuidade dos serviços públicos. Essa tipicidade do ato processual busca evitar a interrupção injustificada do exercício da atividade sob fiscalização, do que resulta possível concluir que a violação do dever de submissão à manifestação prévia pode ser reconhecida de ofício ou mediante invocação do gestor/responsável, especificamente nos casos em que a manifestação técnica e a deliberação colegiada não motivarem a desnecessidade dessa oitiva prévia, por meio de simples justificativa de ausência de impacto significativo nas rotinas de trabalho da unidade fiscalizada, a exemplo do que dispõe o §2º do art. 14 da Resolução TCU nº 315, ou caso a análise tenha sido feita por agente sem competência legal para tanto.

Assim, a não observância injustificada da submissão à manifestação prévia, sem que a finalidade deste ato tenha sido atingida por outro meio (configurando falta do ato, portanto), enquadra-se como nulidade absoluta, presumindo-se o prejuízo pela inobservância da medida processual.

Por outro lado, se houver justificativa para a não submissão, nos termos contemplados na referida Resolução, por exemplo, caberá ao destinatário da medida evidenciar o impacto significativo de que trata o art. 171, inc. I da Lei nº 14.133 e demonstrar o prejuízo para o funcionamento da unidade fiscalizada (configurando defeito do ato, portanto), devendo a arguição de nulidade – enquadrável, nessa hipótese, como nulidade relativa – ocorrer no momento processual em que a unidade jurisdicionada tiver conhecimento da recomendação ou for instada a cumprir a determinação.

Em outros termos, a medida é requisito procedimental de validade, mas o seu descumprimento poderá resultar ou não em invalidação (nulidade absoluta), exigindo refazimento de atos processuais.

3 PARÂMETROS PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE PREVENTIVO E REATIVO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: ASPECTOS PROCESSUAIS E A DISTINÇÃO ENTRE IMPROPRIEDADES FORMAIS E IRREGULARIDADES QUE CAUSAM DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os parâmetros para o exercício do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas passam pelo necessário conhecimento dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 14.133, de 2021. Neste contexto, além da matriz principiológica da lei (art. 5º), os objetivos do processo licitatório, preconizados no art. 11, devem constituir o ponto de partida, que deve mover o exercício de competências estatais controladoras a agir, no exercício do controle seja preventivo, seja reativo. Certamente, que as disposições sobre “controle das contratações” avultam como disposições instrumentais essenciais e parâmetros objetivos do revisitado modelo, contido na Lei nº 14.133.

Assim, não é possível assegurar a seleção de proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública sem que tenhamos agentes de contratação íntegros e dotados de qualificação necessária à execução da Lei (art. 11, inc. I c/c art. 7º).

De igual forma, não se vislumbra possível evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos, dentro de um ambiente institucional em que os fiscais de contratos não sejam íntegros e qualificadamente aptos ao exercício da fiscalização contratual no modelo de gestão adotado (art. 11, inc. III).

Da mesma forma, o processo de escolha de pessoal, nos termos contemplados nos artigos 7º e 8º da Lei, constitui condição indispensável ao incentivo à inovação e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável (art. 11, IV), na atividade administrativa desempenhada sob o império da Lei nº 14.133. A gestão por competências é essencial para conferir consistência ao exercício da governança.

É bem verdade que a amplitude do escopo de fiscalizações pode direcionar a atuação dos Tribunais de Contas para múltiplos caminhos. Contudo, especificamente no que tange à fiscalização dos atos em licitações e contratações públicas, há um *standard* mínimo que deve ser observado como condição de legitimidade do exercício do controle.

O artigo 170 da Lei nº 14.133 impõe que os órgãos de controle adotem, na fiscalização, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e riscos, aspectos relacionados à fiscalização em si (art. 170), bem como considerem 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. Pode-se afirmar que estes dispositivos constituem as matrizes jurídico-principiológicas específicas do controle, do ponto de vista formal e material.

Há questionamentos relevantes a examinar: se a adoção desses critérios é restrita às auditorias ordinárias ou abrange extraordinárias, especiais e as representações; o que objetivou o legislador, ao registrar que as

razões apresentadas pelos órgãos e os resultados obtidos com a contratação devem ser considerados pelos órgãos de controle.

Quanto ao primeiro questionamento, necessário se faz esclarecer que, no âmbito dos Tribunais de Contas, a expressão “fiscalização” é gênero do qual são espécies “auditorias” e “inspeções”. Assim, tanto as fiscalizações ordinariamente programadas, que integram os Planos Anuais de Fiscalização (PAF), quanto às extraordinárias e especiais, sujeitar-se-ão à observância desses critérios.

Quanto ao segundo questionamento, buscou o legislador fortalecer o dever, por parte dos controladores, de analisar detidamente as razões apresentadas pelas unidades fiscalizadas, buscando com isso evitar eventuais conclusões dos auditores de controle externo que se limitem a consignar, nos respectivos relatórios, que “a parte não trouxe elementos novos ou suficientes para alterar ou afastar as conclusões anteriores”, como alerta Marcia Pelegrini (PELEGRINI, 2014, p. 142).

Revigora e aprofunda o dever de fundamentação de manifestações técnicas dos órgãos de auditoria e instrução processual, bem como das decisões no controle externo.

Na obra “Fundamentos do Processo de Controle Externo”, um dos autores deste artigo já destacou:

Em processos de fiscalização, em especial, cujos efeitos estão mais diretamente ligados ao direito processual punitivo, o uso desses jargões aparta-se do dever de congruência entre a decisão sancionadora e as alegações das partes. É preciso que sejam explicitadas as razões pelas quais estão sendo afastadas as alegações, os motivos pelos quais os argumentos não serão aceitos. O uso indiscriminado desses jargões decorre, por vezes, da inconsciente parcialidade do agente público, que, em parecer anterior, já enfrentou a análise da situação fática posta. Embora seja uma tarefa difícil, deve o auditor de controle externo, quando estiver diante da análise dos fatos trazidos pelo interessado, procurar se afastar ao máximo da análise anterior,

sob pena de incorrer, inevitável e inconscientemente, em erro que comprometerá sobremaneira a ampla defesa. Nessa toada, o dever de motivação decorre da premissa básica de que dois fatos, apesar de parecidos, não são necessariamente iguais. Ao julgador, ao parecerista, incumbe analisar detidamente o caso concreto, individualizando as condutas, procurando identificar a relevância ou a insignificância delas, levando-se em conta, sobretudo, os aspectos objetivos e subjetivos que circundam o caso concreto (VIANA, 2019, p. 119).

A preocupação com deliberações efetivamente dialógicas já havia sido externada no âmbito federal, no art. 14 da Resolução TCU nº 315. Necessário se faz registrar que o dever de valoração dos argumentos trazidos pelo fiscalizado alcança as fases de fiscalização, instrução e julgamento dos processos de controle externo.

O *caput* do art. 170 prescreve que, no exercício dessa fiscalização, os agentes controladores devem levar em conta os resultados obtidos com a contratação, o que poderia conduzir o intérprete, apressadamente, à conclusão equivocada de que valerá a máxima de que os fins podem a vir justificar os meios.

A Lei, na verdade, alinhada aos objetivos traçados no art. 11, persegue a efetividade da contratação, na realização do interesse público atendido, sem, contudo, incentivar à impunidade, deixando-se de responsabilizar quem tenha dado causa à irregularidade.

Essa conclusão se extrai de uma interpretação sistemática do §1º do art. 71 c/c os artigos 147 e 148, todos da Lei nº 14.133, cujo conteúdo indica a necessidade de se levar em conta o interesse público envolvido, priorização da solução de irregularidade por meio de indenização de perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Questão que merece detida atenção é que o dispositivo também condicionou o exercício das fiscalizações à necessária distinção entre simples impropriedade formal e irregularidade, que configure dano à adminis-

tração, notadamente no que tange às representações de que trata o §4º do art. 170, cabendo aos órgãos de controle conferir tratamento próprio para as distintas situações fáticas que se amoldem ao inciso I ou ao inciso II do §3º do art. 169.

Sobre esse ponto, parece que a Lei ampliou os requisitos de admissibilidade de representações contra irregularidades, havendo, portanto, um diferenciado juízo de admissibilidade, ou seja, doravante, para além dos requisitos tradicionais contemplados nas leis orgânicas e regimentos internos de Tribunais de Contas, a autuação dessas representações deverá se sujeitar à análise dos requisitos aludidos no *caput* do art. 170, o que pode ser visto como fator contributivo para a efetividade dos Planos Anuais de Fiscalização (PAF).

4 CONCLUSÃO

A Lei nº 14.133, de 2021, reforça aspectos de governança no ambiente de contratações públicas, bem assim na própria atuação controladora, condicionando a apuração de irregularidades ao dever de observância da segregação de funções, da imparcialidade, da individualização de condutas e da elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados em evidências obtidas e organizadas de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle (art. 169, §3º, inc. II e 171, inc. II).

Ao robustecer as balizas do regular controle das contratações, a lei é minudente ao disciplinar o exercício do controle dos atos, condicionando a deflagração de fiscalizações – termo genérico que significa, na esfera do controle externo, as auditorias, inspeções e demais procedimentos de fiscalização a cargo das unidades técnicas de auditoria dos Tribunais de Contas – à necessária observância de regras de natureza processual.

Em consonância com o art. 20 da LINDB (norma de sobredireito), e Resolução TCU nº 315, de 2020, a Lei nº 14.133 condiciona a formalização de propostas de encaminhamento pelas unidades de auditoria dos

Tribunais de Contas, materializadas em relatórios elaborados na fase de instrução, à valoração do custo-benefício dessas proposições, a partir dos subsídios disponibilizados pelos fiscalizados (art. 171, inc. I).

Assim, ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, na perspectiva preventiva governamental, caberá o controle focado em aspectos estruturantes, por meio das auditorias ordinárias (art. 170, *caput*), e, na perspectiva reativa, a partir das representações e denúncias (art. 170, §4º), caberá às Cortes de Contas o enorme desafio de concretizar os novos parâmetros de controle preconizados na Lei nº 14.133.

Com esta fisionomia, notadamente quando houver omissão do controle interno, evitar-se-á transformar os Tribunais de Contas em meros e restritos sucedâneos recursais da função administrativa, avançando no controle de legalidade, legitimidade e economicidade, estabelecido no sistema constitucional.

A lógica do controle institucionalizado pela Lei nº 14.133, com o cuidadoso destaque para o papel de cada Instituição de Estado envolvida na sua estruturação, está moldada em evitar duplos sancionamentos injustificados pelo mesmo fato, num ineficiente formato de sobreposição de instâncias controladoras.

O controle das contratações dar-se-á, outrossim, com a Lei nº 14.133, a partir de uma leitura do sistema constitucional de controle da administração pública, destacadamente o Sistema Brasileiro Anticorrupção, tendo como ponto de largada o sentido e alcance transformador de governança, integridade e confiança, fins a serem alcançados por meio da implementação de programas efetivos de gestão de riscos e da estruturação adequada de controles internos, direcionando o escopo da atuação dos Tribunais de Contas para aspectos estruturantes, relacionados a ambientes institucionais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios. 19. ed. rev e atua. – São Paulo: Malheiros, 2019. p. 50.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2 - Brasília: TCU, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate à fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. 2. ed. Brasília: TCU, 2018.

CAMARÃO, T. **A gestão por competência na nova Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: www.novaleidelicitacao.com.br. Acesso em: 14 dez. 2022.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021.

MARQUES, M. da C. da C. Aplicação dos princípios da governança corporativa no sector público. **RAC**, v. 11, n. 2, abr./jun., 2007.

PELEGRINI, M. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas**: contornos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OLIVEIRA, J. R. P.; CHAGAS, G. P. Controle do Ministério Público e Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos. *In*: **Contratos, Controle e Procedimentos**. 1. ed., v. 1, p. 119-164, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

OLIVEIRA, J. R. P.; GROTTI, D. A. M. Controle das Contratações à luz da Lei nº 14.133/2021. *In: Lei de Licitações e Contratos Comentada. Lei nº 14.133/2021 – Artigo 124º ao 194º. 1. ed., v. 3, p. 1-24, São Paulo: Quartier Latin, 2022.*

OLIVEIRA, J. R. P.; GROTTI, D. A. M. Direito Administrativo Sancionador. Breve evolução Identidade. Abrangência e Funcionalidades. *In: Interesse Público, Belo Horizonte, Fórum, v. 22, p. 83-126, 2020.*

VIANA, I. **Fundamentos do Processo de Controle Externo.** Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2019.

