

## O CONTROLE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

*Egle dos Santos Monteiro da Silveira*

Advogada em São Paulo

O art. 113 da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas das despesas decorrentes dos contratos administrativos e demais instrumentos regidos por esta Lei, *in litteris*:

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

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.

A previsão decorre das atribuições expressamente conferidas pela Constituição à Corte de Contas (art. 71), para auxiliar o Poder Legislativo no desempenho do controle externo das contas da União, entidades da administração direta e indireta e qualquer pessoa jurídica ou física que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre

bens, dinheiros e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária (parágrafo único do art. 70). Cumpre notar que as normas estabelecidas pela Constituição Federal aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal, Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (art. 75 da CF).

Preliminarmente ao estudo do controle das licitações a cargo dos Tribunais de Contas, mister se faz, em breves linhas, expor algumas considerações de ordem geral acerca das funções das Cortes de Contas.

Ensina o ilustre publicista Celso Antônio Bandeira de Mello que o Tribunal de Contas “cumprirá um papel que é capital no Estado de Direito”, pois tem como dever controlar a legalidade de ações estatais que não resultem em violação de direito individual. “... para que o princípio da legalidade se imponha como um todo íntegro, sem fissuras, é indispensável, não apenas a sua submissão ao controle judicial quando sua conduta seja agressiva aos direitos subjetivos, mas é requisito também que exista um mecanismo controlador de toda a ação estatal, graças ao que possa ser reconduzido à legalidade, mesmo quando sua conduta não haja resultado violação de direito individual”.<sup>1</sup>

No exercício deste controle o Tribunal desempenha as funções consultiva, informadora, fiscalizadora, contenciosa e sancionadora.<sup>2</sup>

A função consultiva é exercitada quando da emissão do parecer prévio, opinativo, sobre as contas do Chefe do Executivo (art. 71, I). A fun-

1. “Funções do Tribunal de Contas”, *in RDP* 72/133.

2. Classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, *in RDP* 99/160.

ção informadora, quando presta as informações solicitadas pelo Poder Legislativo acerca da fiscalização, auditorias e inspeções realizadas (inc. VII), no encaminhamento do relatório de suas atividades (§ 4º) e quando da representação de irregularidades e abusos ao poder competente (inc. XI). A função contenciosa é realizada quando do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (inc. II). Convém ressaltar, na oportunidade, que o Tribunal não exerce função jurisdicional, apenas administrativa<sup>3</sup>. A função fiscalizadora deve ser desempenhada nos moldes dos incs. III, IV, V e VI do aludido artigo. A função sancionadora<sup>4</sup> está prevista no inc. VIII. Por fim, cabe anotar que as funções descritas apontam para um controle posterior, ao passo que as previsões contidas nos incs. IX e X – assinar prazo para que as irregularidades sejam sanadas e suspender a execução do ato impugnado – são exemplos de controle concomitante.

Feito este sucinto relato, pode-se afirmar que o art. 113 da Lei nº 8.666/93 está a repetir o texto constitucional, em especial no que atina aos incs. IX e X do art. 71. E, no que diz respeito à possibilidade de representação, por qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica, de irregularidades na aplicação do mencionado diploma, repete-se a letra do § 2º do art. 74 da CF.

Interessa, agora, examinar a maneira pela qual os Tribunais procedem ao controle concomitante<sup>5</sup> dos procedimentos licitatórios.

De pronto deve-se assentar que este controle levará em conta a legalidade, legitimidade e

3. Neste sentido: O. A. Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, José Cretella Jr., Regis Fernandes de Oliveira, Estevão Horvath, Teresa Cristina C. Tambasco, entre outros. Cf. Súmula nº 347 do STF.

4. É de se ressaltar que a aplicação de sanções pelos Tribunais está condicionada, expressamente, ao princípio da proporcionalidade e, como não poderia deixar de ser, ao princípio da legalidade.

5. Permito-me discordar da posição do nobre Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Roque Citadini, no tocante a sua classificação do controle exercido nos termos do § 2º do art. 113. Afirma o autor que a lei de licitações teria resgatado a forma de controle prévio (cf. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*, Max Limonad, p. 414, nota 445). O controle é, de fato, concomitante, posto que o edital deve estar publicado e já surtiu efeitos à medida que instruiu a elaboração das propostas.

economicidade do ato, conforme prescreve o art. 70 da Lei Fundamental. A determinação constitucional proporciona um considerável alargamento nas funções das Cortes à vista do controle exercido de acordo com a anterior Constituição, que examinava apenas a legalidade do ato. Esta conclusão é apontada pela mestra Lúcia Valle Figueiredo:

“Eu diria que o próprio Tribunal de Contas no fundo acaba também por controlar a moralidade administrativa, na medida em que esse controle não é apenas, como se referia o texto anterior, um controle de legalidade mas é um controle de legalidade, legitimidade, economicidade. (...) à legitimidade sempre se atribuiu uma conotação, um colorido de algo que está não só vazado na lei mas que vazado na lei tem um *plus*, quer dizer, executa algo vazado na lei mas legítimo no sentido de condizente, respondendo aos apelos populares. Então creio eu que não daria para exibir legitimidade sem acrescentar que nessa legitimidade estaria embutido o conceito de razoabilidade das decisões administrativas. As decisões administrativas a par de serem legais, para que sejam legítimas já que o texto fala em legalidade e legitimidade, terão necessariamente que ter um conteúdo de razoabilidade. Ainda mais porque o texto também fala de economicidade. E a economicidade nada mais é do que uma relação entre custos e benefícios. Portanto o ato administrativo deve ser um ato que corresponda a maior rentabilidade possível para que haja economicidade. Aí teremos a legitimidade do ato praticado”.<sup>6</sup>

De outra parte, deve-se evidenciar que mesmo com esta amplitude concedida ao Tribunal, o exame do mérito do ato não lhe foi conferido.

Partindo-se para a análise do texto legal, verifica-se que o § 2º do art. 113 permite que o Tribunal solicite para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado. Uma vez constatada qualquer irregularidade no instrumento, as medidas corretivas propostas serão de cumprimento obrigatório pelos órgãos ou entidades da administração.

6. Cf. Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, OAB/SP, set./89, in RDP 94/184.