LUISA MAFFEI COSTA

**O CONTROLE EXTERNO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS REALIZADO PELO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:
UMA ANÁLISE DE SUA ATUAÇÃO A PARTIR DE CASOS CONCRETOS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR:

PROFESSOR TITULAR DR. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

LUISA MAFFEI COSTA

**O CONTROLE EXTERNO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS REALIZADO PELO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:
UMA ANÁLISE DE SUA ATUAÇÃO A PARTIR DE CASOS CONCRETOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado (subárea: Direito Administrativo), sob a orientação do Professor Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Costa, Luisa Maffei

O controle externo das contratações diretas realizado pelo Tribunal de Contas da União: uma análise de sua atuação a partir de casos concretos / Luisa Maffei Costa; orientador Fernando Dias Menezes de Almeida -- São Paulo, 2017.

215p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. DIREITO. 2. DIREITO ADMINISTRATIVO. 3. CONTROLE EXTERNO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS. 4. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 5. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. I. Almeida, Fernando Dias Menezes de. Orientador. II. Título. O controle externo das contratações diretas realizado pelo Tribunal de Contas da União. III. Subtítulo: uma análise de sua atuação a partir de casos concretos.

LUISA MAFFEI COSTA

**O CONTROLE EXTERNO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS REALIZADO PELO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:
UMA ANÁLISE DE SUA ATUAÇÃO A PARTIR DE CASOS CONCRETOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado (subárea: Direito Administrativo), sob a orientação do Professor Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico esta dissertação de mestrado aos queridos Paulo, Cláudia, Livia e Fernando, pela certeza de que metade de mim é formada pelo carinho deles e a outra metade também.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Fernando Dias Menezes de Almeida, pelo acompanhamento desde o início da graduação até, por ora, o mestrado. Não apenas pelo inestimável apoio e pelo voto de confiança, mas principalmente por transmitir-me serenidade e tranquilidade para a realização das pesquisas e para a redação do trabalho.

À minha mãe, Cláudia Maria Maffei Costa, ao meu pai, Paulo Roberto Costa, à minha irmã, Livia Maffei Costa, às minhas inseparáveis companheiras e companheiro, Mariana Dalberto, Gabriela Lopes e Fernando Watanabe. Sem o apoio de vocês, este trabalho, com certeza, não teria sido possível.

Aos Professores Heleno Taveira Torres e Vera Monteiro pelas contribuições inestimáveis a este trabalho quando de meu exame de qualificação. Minha gratidão à leitura atenta e aos questionamentos pertinentes suscitados é imensa.

Ao colega André Janjácomo Rosilho pela enorme e sempre paciente atenção dispensada na leitura deste trabalho, desde seu projeto inicial. Seus apontamentos sempre brilhantes fizeram toda a diferença na redação deste texto.

Aos colegas do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelos debates altamente proveitosos e por deixarem a minha rotina como pós-graduanda mais leve com a animação de sempre e o enorme carinho demonstrado.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela imensa colaboração em minha formação, os quais agradeço na pessoa de José Afonso da Silva. Suas lições muito me animaram para a redação deste trabalho. Destaco o seguinte trecho de sua vasta obra: “[...] o princípio pelo qual a Administração se subordina à lei – o princípio da legalidade – revela-se como uma das conquistas mais importantes da evolução estatal. Seria, contudo, ineficaz, se não previssem meio de fazê-lo valer na prática. A função fiscalizadora engloba esses meios que preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever de boa administração, que fica também sob a vigilância dos sistemas de controle [...]”¹.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 749.

Ao fim e ao cabo, agora, ao concluir a redação da dissertação, podemos bem entender a frase de Umberto Eco em seu livro que tivemos a oportunidade de conhecer no final da graduação (“*Como se faz uma tese*”)².

Ele afirma que “fazer uma tese significa divertir-se” e que “o importante é fazer as coisas com gosto”. De fato, não houve sequer um minuto em que não estivéssemos contentes com o nosso trabalho. Há, obviamente, momentos de tédio e apreensão, mas que foram superados por todas alegrias que o debate acadêmico para elaboração do texto nos proporcionaram.

E é assim, com enorme satisfação, que apresentamos nossa dissertação.

² ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 25. ed. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 2014. p. 205.

RESUMO

COSTA, Luisa Maffei. *O controle externo das contratações diretas realizado pelo Tribunal de Contas da União: uma análise de sua atuação a partir de casos concretos*. 2017. 215p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O objeto desta pesquisa é o controle externo das contratações diretas realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Em um primeiro momento a abordagem será teórica: (i) com o estudo do sistema brasileiro de controle externo da Administração Pública, em específico, demarcando nossa premissa teórica com a demonstração do desenho institucional – “o modo de ser” – do TCU no Brasil; e (ii) com o estudo panorâmico e breve da tipologia das contratações diretas, englobando as hipóteses de licitações dispensáveis (artigo 24 da Lei Geral de Licitações – LGL) e inexigíveis (artigo 25 da LGL). Após esta abordagem teórica, partindo-se da premissa de que as contratações diretas são definidas a partir da análise do caso concreto, pelo conjunto de fatos inter-relacionados a qualificar um evento particular a que se vê submetida a escolha pelo administrador público, tendo este que decidir pela dispensa ou inexigibilidade da licitação, partimos para uma análise jurisprudencial de casos exemplificativos de contratação direta que chegaram ao TCU. No bojo desse estudo casuístico, nossa missão é trazer exemplos concretos com a finalidade de explicitar a premissa teórica do “modo de ser” do TCU no Brasil e, ao fim, analisar (i) o entendimento jurisprudencial do TCU em relação ao elenco de situações fáticas que autorizam/determinam a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública e, ainda, (ii) o papel do TCU ao realizar o controle externo dos dispositivos supramencionados da LGL, seja invalidando as contratações administrativas, seja ratificando a escolha do agente público ao realizar a contratação direta, elencando parâmetros para sua atuação. Sendo assim, nosso objetivo é teórico e prático. Teórico, pois apresentamos a revisão de literatura do controle externo com foco no TCU e nas contratações diretas realizadas pela Administração Pública. Prático, pois temos como pretensão entregar ao gestor público um instrumento que o auxilie na realização das contratações diretas em seu dia a dia.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Tribunal de Contas da União. Controle externo. Contratação direta. Dispensa de licitação. Inexigibilidade de licitação.

ABSTRACT

COSTA, Luisa Maffei. *External control by the Brazilian Federal Audit Court of administrative contracts in which the bidding is not required: a diagnosis of its performance based on case analysis*. 2017. 215p. Masters Candidate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The object of this research is the external control by the Brazilian Federal Audit Court of administrative contracts in which the bidding is not required. At first the approach will be theoretical, encompassing (i) the study of public administration external control in the Brazilian legal system, in particular demarcating our theoretical premise with the demonstration of Brazilian Federal Audit Court institutional design – its “way of being”; and (ii) the panoramic and brief study of the cases involving the conclusion of administrative contracts directly with the public administration, covering the cases of dispensable bids (article 24 of the Brazilian General Law of Bids – “GLB”) and unenforceable bids (article 25 of the GLB). After this theoretical approach, given that the conclusion of administrative contracts directly with the public administration is defined from the case analysis, covering the set of interrelated facts to qualify a particular event that is subjected to the choice by the public administrator, having the public administrator to decide by exemption or unenforceable bidding, we will target a case analysis of direct contracts with the public administration that were verified by the Brazilian Federal Audit Court. In the midst of this casuistry study, our mission is to bring concrete examples with the purpose of explaining our theoretical premise of Brazilian Federal Audit Court institutional design, and, in the end, we analyze (i) the Brazilian Federal Audit Court jurisprudential understanding regarding the cast of factual situations that allow/determine the direct conclusion of administrative contracts of goods and services by public authorities; and (ii) the role of the Brazilian Federal Audit Court to accomplish the control of the aforementioned devices of GLB, both invalidating administrative contracts or confirming the choice of a public administrator when performing direct contracting. Therefore, our goal is theoretical and practical. Theoretical, as we present the literature review of the external control, focusing on direct contracts held by the Government. Practical, because we have the intention to deliver to the public administrator an instrument to help with the conclusion of direct contracts in the administration routine.

Keywords: Administrative law. Brazilian Federal Audit Court. External control of administrative contracts. Conclusion of administrative contracts directly with the public administration. Bidding exempt. Bidding unenforceability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Acórdão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – artigo

Cf. – confronto / confira

CF/88 – Constituição Federal de 1988

FDUSP – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Julg. – Julgado em

LC – Lei Complementar

LGL – Lei Geral de Licitações

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

Min. – Ministro

RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SPU – Secretaria de Patrimônio da União

TCU – Tribunal de Contas da União

TJ/SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	17
1.1 O objeto da pesquisa	17
1.2 A justificativa da escolha e a sua importância.....	23
1.3 O objetivo da pesquisa: questão a ser analisada	25
1.4 A metodologia da pesquisa	27
2 O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	39
2.1 Modalidades de controle da Administração Pública	44
<i>2.1.1 Uma distinção necessária entre o controle externo e o controle interno</i>	<i>44</i>
<i>2.1.2 Tipologia do controle externo da Administração Pública</i>	<i>51</i>
2.2 Modelos de Tribunais de Contas	60
2.3 O desenho institucional – “modo de ser” – do Tribunal de Contas no Brasil	68
<i>2.3.1 O controle externo pelo TCU das contratações públicas: amparo constitucional</i>	<i>81</i>
<i>2.3.2 O controle externo pelo TCU das contratações públicas: amparo infraconstitucional.....</i>	<i>89</i>
<i>2.3.3 O controle externo pelo TCU das contratações públicas: a posição do Supremo Tribunal Federal</i>	<i>93</i>
2.4 O aprimoramento do Tribunal de Contas no Brasil.....	95
3 CONTRATAÇÕES DIRETAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ASPECTOS TEÓRICOS	105
3.1 O prévio procedimento licitatório para a contratação pela Administração Pública.....	105
<i>3.1.1 As hipóteses de dispensa de realização de prévio procedimento licitatório.....</i>	<i>110</i>
<i>3.1.2 A hipótese de inexigibilidade de realização de prévio procedimento licitatório</i>	<i>126</i>
3.2 As formalidades legais para a realização das contratações diretas	134
3.3 O enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa das contratações diretas realizadas sem base legal	135
3.4 O enquadramento como crime previsto na Lei Geral de Licitações da conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais.....	138
4 CONTRATAÇÕES DIRETAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ASPECTOS PRÁTICOS.....	143
4.1 Os casos escolhidos e sua justificativa	143
4.2 Estudo metodológico da jurisprudência compilada.....	155
4.3 Apontamentos descritivos e críticos dos alertas e parâmetros elencados pelo TCU quando analisa as contratações diretas realizadas pela Administração Pública	167

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	191
5.1 Síntese: hipóteses e conclusões sobre o desenho institucional – “modo de ser” – do Tribunal de Contas no Brasil.....	191
5.2 Reflexões sobre as repercussões práticas do estudo	199
5.3 Mais perguntas e questionamentos: futuras linhas de pesquisa	201
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	209

1 INTRODUÇÃO

1.1 O objeto da pesquisa

O objeto de nosso estudo é o controle externo feito pelo Tribunal de Contas da União (TCU) das contratações diretas realizadas pela Administração Pública. Como objetivo final, além da revisão de literatura sobre (i) o controle externo da administração, demarcando nossa premissa teórica sobre o “modo de ser” do TCU no Brasil e, brevemente, sobre (ii) os aspectos teóricos das contratações diretas, temos como meta traçar, por meio do estudo exemplificativo de casos concretos, o desenho institucional – o “modo de ser” – do TCU no Brasil, com a finalidade de explicitar nossa premissa teórica e, apenas como instrumento da pesquisa científica, entregar para o gestor público um guia prático com as diretrizes utilizadas por este órgão de controle para invalidar ou ratificar as contratações diretas autorizadas e concluídas pelos funcionários da administração. Este guia prático será embasado em uma análise de casos já decididos pelo TCU.

O viés prático que buscamos no desenvolvimento desta dissertação de mestrado tem uma motivação específica como delinearemos em nossas conclusões. Veja-se: apesar de partirmos da análise do controle repressivo realizado pelo órgão de controle, ou seja, utilizando como base as decisões do TCU, as quais foram proferidas após a efetiva realização da contratação direta, nosso alvo é o aprimoramento do controle preventivo no bojo da Administração Pública, de forma que o administrador público baseie sua ação em parâmetros já definidos, com a redução dos riscos de se deparar com uma sanção (muitas vezes ineficiente) em momento posterior à concretização do ato administrativo autorizador da contratação direta.

Ora, se o gestor público, antes da realização da contratação direta, tem conhecimento de antemão dos parâmetros utilizados pelo órgão de controle, sua atuação terá chances extremamente menores de esbarrarem em uma invalidação *a posteriori* que apenas traz o aumento dos custos para a Administração Pública (com a necessidade de realização de “novo” procedimento para efetivar a contratação) e, podendo, até mesmo, gerar a responsabilização administrativa, civil e penal do funcionário público responsável por autorizar a contratação direta sem embasamento nos moldes legais e nos entendimentos firmados pelo órgão de controle.

Com este objetivo em mente, nossa pesquisa terá início com o estabelecimento de marcos e premissas teóricas em relação ao controle externo da Administração Pública, em especial, no que toca ao “modo de ser” do TCU no Brasil e, ainda, em relação à tipologia das contratações diretas, assim como definida na Lei Geral de Licitações (LGL – Lei nº 8.666/1993).

Após, seguiremos para um estudo exemplificativo de casos (com enfoque nas decisões do TCU), como se esmiuçarà adiante.

Com caráter introdutório, salienta-se que a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) estabeleceu que as obras, serviços, compras e alienações da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (artigo 37, *caput* e inciso XXI³), esta entendida como aquela que assegura a melhor vantagem possível à Administração Pública, com a observância do princípio da isonomia.

Entretanto, as licitações públicas são processos administrativos obedientes a prazos, por vezes muito longos, e geradores de custos de transação, por vezes muito altos. Sendo assim, fica-se diante de ocasiões em que o certame é um empecilho para efetivação do interesse público definido no caso concreto. Por esse motivo, a própria CF/88 e, também, a LGL prescrevem limitações a tal mandamento. Tais limitações encontram forma quando a própria LGL define quais situações fáticas autorizam a contratação direta, ausente, portanto, a licitação.

Confira-se interessante decisão do TCU sobre a temática:

[...]. 12. A obrigação de licitar não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais. Ela se funda em dois princípios maiores: os da isonomia e da impessoalidade, que asseguram a todos que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da eficiência, que exige a busca da proposta mais vantajosa para administração.

13. Assim, ao contrário do afirmado nas justificativas apresentadas, a licitação, além de ser exigência legal, quando bem conduzida, visa - e permite - a obtenção de ganhos para a administração. *E quando a*

³ Artigo 37, *caput* e inciso XXI, da CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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

possibilidade de prejuízos existe, a própria lei, novamente com base no princípio da eficiência, prevê os casos em que o certame licitatório pode ser dispensado. [...].

(Acórdão nº 34/2011, Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz – grifo nosso)

Nessa perspectiva, após o estudo das premissas teóricas relativas ao controle externo da Administração Pública pelo TCU, em especial, das contratações diretas, adentramos na análise das hipóteses que permitem a Administração Pública adotar um “outro procedimento”, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras, pois o “procedimento padrão” (licitação formal) seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais.

Em outras palavras, nosso foco está nas hipóteses legais em que o atendimento do interesse público não se fundamenta na exigência de licitação, como prevê o “procedimento padrão” (licitação formal), mas sim, em sua ausência. Em suma, são hipóteses em que a não realização de licitação é pressuposto para o desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas.

Importante, desde logo, ressaltar que essa “flexibilidade” (este “outro procedimento”) não significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta. O próprio legislador encarregou-se de determinar as situações em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados, delineando as hipóteses fáticas consideradas em abstrato. Ademais, também definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação.

A contratação direta, efetivamente, não significa dizer que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem ao menos se caracteriza por uma livre atuação administrativa. O administrador público está, sim, obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios fundamentais. Pois bem: ainda permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

Sendo assim, podemos constatar que a contratação direta não significa a eliminação de dois postulados consagrados pelo direito administrativo a propósito da licitação: (a) o primeiro é o da existência de um procedimento administrativo, e (b) o segundo é o da vinculação estatal à realização de suas funções.

Neste contexto, menciona-se a distinção feita por JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁴ entre licitações dispensadas e dispensáveis, além das inexigíveis. Em sua visão, a principal diferença entre licitação dispensada, tratada no artigo 17 da LGL, e as dispensas de licitação (dispensáveis), estabelecidas no artigo 24 da LGL, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração Pública, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços, e nos casos do artigo 24 da LGL a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços.

Levando em conta esta distinção baseada no sujeito ativo que promove a alienação, a contratação direta pode resultar tanto das hipóteses de dispensa – o que pressupõe o enquadramento em uma das hipóteses tipificadas de modo exaustivo pelos artigos 17 e 24 da LGL – como de inexigibilidade de licitação, quando houver inviabilidade de competição, nos termos do artigo 25 da LGL.

No mais, muito embora o *caput* do artigo 24 da LGL consigne apenas o adjetivo “dispensável” algumas de suas previsões referem-se à inexigibilidade de licitação (tratadas de modo expresse no artigo 25 da LGL).

Apenas como primeira diferenciação, as hipóteses de dispensa de licitação ocorrem naquelas situações em que há prévia e explícita autorização normativa para que não se realize o certame. Trocando em miúdos, são situações fáticas, as quais desobrigam o servidor público do dever legal de instalar a licitação em decorrência da permissão que lhe concede o diploma legal.

Como afirmam FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES e EGON BOCKMANN MOREIRA⁵, a palavra “dispensável” utilizada pela LGL significa “desnecessário”, “que não é obrigatório” e, dessa forma, nesses casos a lei autoriza o servidor a escusar-se ou abster-se de promover a licitação. Ainda como bem asseveram esses autores, não se trata de escolha inexorável, mas, sim, de uma *licença*, concedida em abstrato pela lei e em concreto pela autoridade competente.

Nestas hipóteses, a Administração Pública não tem o dever legal, ou seja, está autorizada a não licitar, embora possa fazê-lo. Como se percebe, está-se diante de atribuição de competência discricionária, a qual irá gerar o ato administrativo, pautado e

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 178.

⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 405.

motivado pelo caso concreto, de efetivar (ou de não efetivar) a licitação. Entretanto, consigne-se, desde logo, que algumas situações fáticas instalarão o *dever da dispensa*, tendo em vista, como exemplo, a avaliação do interesse público e o seu atendimento de forma mais eficiente ou, até mesmo, sob a pena de haver custos muito maiores. Essa análise depende do contexto e do caso concreto.

Outrossim, o que encontramos como consenso na doutrina é o fato de que essas hipóteses de dispensa dizem respeito a escolhas legislativas que autorizam (obrigam em alguns casos) a realização da contratação direta. Destaque-se que, aqui, a competição é possível, mas reconhecida pelo legislador como passível de ser inoportuna e/ou inconveniente. E são essas escolhas legislativas que serão esmiuçadas, embasando as hipóteses e as situações fáticas escolhidas com o entendimento jurisprudencial formado sobre elas.

Por outro lado, a inexigibilidade de licitação diz respeito às situações fáticas que não deixam margem de discricionariedade, ou seja, não concedem alternativa à autoridade competente, a qual se vê obrigada a realizar a contratação direta. São situações em que, sob pena de violação do interesse público, posto à guarda do administrador, impõe-se que a contratação direta seja realizada de imediato. Mais uma vez, nas palavras de FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES e EGON BOCKMANN MOREIRA⁶, inexigível é a licitação que ninguém, nem a lei, nem os fatos, pode exigir. As hipóteses de inexigibilidade dizem respeito ao reconhecimento legislativo de que há situações fáticas nas quais é impossível licitar. Aqui, a competição é impossível.

Logicamente, portanto, a dispensa e a inexigibilidade de licitação decorrem de fundamentos que não se confundem. Nos casos de dispensa, a contratação direta é recomendável e, como exceção, um dever (existe margem de discricionariedade). Já nos casos de inexigibilidade, a contratação direta é sempre imperiosa, um dever (não existe margem de discricionariedade).

Como bem coloca BENJAMIN ZYMLER⁷,

[por] imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.

⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação pública: a lei geral de licitação - LGL e o regime diferenciado de contratação - RDC*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 405-406.

⁷ ZYMLER, Benjamin. Licitações e contratos administrativos. In: *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 95.

Realizada esta distinção introdutória fundamental, cabe ainda observar que há um procedimento administrativo formal prévio que embasa a contratação direta, permitindo ao administrador público produzir a melhor escolha possível para a Administração. Como destaca MARÇAL JUSTEN FILHO⁸, “não seria absurdo afirmar que a contratação direta deve ser aplicada como uma *modalidade anômala de licitação*” (grifo nosso). E o supracitado autor explica tal assertiva afirmando que a contratação direta não se confunde com os casos de concorrência, tomada de preços, etc. Mas, sim, a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, o qual envolve uma autonomia variável para a administração, mas que versa apenas sobre as formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença de requisitos de contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração Pública quanto ao particular contratado e ao preço adotado.

Assim também afirmou o TCU em decisão destacando tratar-se de um “procedimento licitatório”. Veja-se:

[...]. 12. O procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 – realiza pesquisa de preços no mercado *é também um procedimento licitatório*, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta”. [...] (Acórdão nº 100/2003, Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa – grifo nosso)

Tendo em vista tal premissa, qual seja, estarmos diante de um “procedimento prévio”, superados estes aspectos teóricos, apresentamos um estudo exemplificativo de casos (com base em decisões previamente selecionadas do TCU, com metodologia a ser explanada abaixo) para apurar, listar e comprovar qual tem sido o entendimento deste órgão de controle externo para que os objetivos principais deste “procedimento prévio” sejam atendidos e, assim, extrair conclusões sobre nossa premissa teórica do “modo de ser” do TCU no Brasil.

Deste modo, verificamos nas decisões exemplificativas do TCU o preenchimento dos requisitos para a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade), elencando: 1) a situação fática que autorizou ou determinou a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública; 2) a hipótese legal em que a situação fática foi enquadrada; 3) o contratante; 4) o contratado; 5) a unanimidade ou divergência na votação; 6) os destaques (“enunciados”) e a avaliação (“alertas”) realizados pelo órgão de controle naquele caso

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 462.

concreto; 7) a verificação se houve a estipulação de parâmetros legais e/ou extralegais elencados pelo controlador externo para ratificar ou invalidar a contratação direta realizada pela Administração Pública no caso concreto em análise; e, por fim, 8) a verificação sobre a imposição de eventual sanção ao administrador público responsável, se for o caso de contratação direta indevida.

Assim, nossa missão é trazer exemplos concretos de forma não exaustiva mas suficientes para explicitar a premissa teórica do “modo de ser” do TCU no Brasil e, ao fim, analisar (i) o entendimento jurisprudencial do TCU em relação ao elenco de situações fáticas que autorizam/determinam a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública e, ainda, (ii) o papel do TCU ao realizar o controle externo das hipóteses elencadas nos artigos 24 e 25 da LGL, seja invalidando as contratações administrativas, seja ratificando a escolha do agente público ao realizar a contratação direta, elencando parâmetros para sua atuação.

As restrições de ordem metodológica serão detalhadas no item 1.4 (A metodologia da pesquisa).

Como núcleo final da pesquisa, justificando nosso viés prático, em nossas conclusões delineamos um estudo metodológico dos casos compilados e traçamos critérios para o controle das contratações diretas realizado pelo TCU, de modo a entregar para o gestor público diretrizes para embasar sua postura antes da efetiva conclusão de determinada contratação direta.

Ao fim e ao cabo, neste núcleo final, também traçamos hipóteses e conclusões sobre o papel do TCU ao realizar o controle dos dispositivos supramencionados da LGL, seja invalidando as contratações administrativas, seja ratificando a escolha do agente público ao realizar a contratação direta.

1.2 A justificativa da escolha e a sua importância

A escolha deste objeto de pesquisa justifica-se em razão de três motivos. O primeiro, de ordem teórica, diz respeito à necessidade de estudos que enfoquem o controle externo da Administração Pública pelo TCU, em especial, no que concerne às contratações diretas.

Não é aceitável que a doutrina nacional não tenha bem demarcado os limites e os parâmetros (legais e, até mesmo, extralegais) impostos pelo controlador externo – TCU – quando analisa a realização de contratações diretas pela Administração Pública. Há, portanto, um espaço de pesquisa – qual seja, o estudo de casos concretos do TCU que possibilitam a extração de conclusões sobre o “modo de ser” desta Corte de Contas no Brasil – que, se bem ocupado, pode trazer valiosas contribuições para a comunidade acadêmica e para os próprios aplicadores do direito e gestores públicos.

O segundo motivo, ligado ao primeiro, é de ordem prática. Deixamos, desde logo, demarcado que não se pretende esgotar a sistematização do que já foi decidido pelo TCU em nosso estudo de casos concretos exemplificativos que pode ser utilizado como parâmetro procedimental para a realização das contratações diretas.

Com menos pretensão, o que se deseja é identificar a atuação – “o modo de ser” – do TCU e demonstrar seus destaques (“enunciados”) e as suas avaliações (“alertas”) realizados na análise de contratações diretas, de modo a também verificar se houve a estipulação de parâmetros legais e/ou extralegais elencados pelo controlador externo para ratificar ou invalidar a contratação direta realizada pela Administração Pública no caso concreto em análise.

A relevância prática dessa proposta é inegável: a apresentação destes aspectos pode nortear o trabalho de todos aqueles que lidam com a elaboração de normas (seja no âmbito da própria Administração Pública, seja no âmbito do Poder Legislativo) para que se editem as tão necessárias normas regulamentadoras disciplinando o procedimento a ser adotado para as contratações diretas realizadas no âmbito federal, estadual e municipal.

Ainda, como já mencionado, os gestores públicos podem em muito se beneficiar dos alertas/destaques/parâmetros delineados nesta dissertação para embasar seu modo de agir quando da realização de contratações diretas, incentivando-se, deste modo, o controle preventivo da Administração Pública, o qual, a nosso ver, é muito pouco praticado e desenvolvido no Brasil.

A terceira justificativa para o tema é de ordem pessoal-acadêmica. Trata-se de uma curiosidade que nos acompanhou durante toda a graduação e encontrou oportunidade para ser analisada na pós-graduação.

Em tese de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no Departamento de Direito de Estado (subárea: Direito Administrativo), optamos por analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), o que pôde

nos servir como base para entendermos os princípios básicos da licitação e as mudanças trazidas por esse novo regime em relação ao regime licitatório da LGL.

Aqui, mudando nosso problema, apesar de desconfiarmos (como concluímos em nossa tese de conclusão de curso) que o RDC tinha potencialidade para substituir a LGL, resolvemos estudar detidamente as contratações diretas, temática, a qual acreditamos que se manterá intacta, mesmo caso ocorra tal mudança legislativa e, ainda, que tem o mesmo “tom” do RDC: facilitar e otimizar as contratações administrativas.

1.3 O objetivo da pesquisa: questão a ser analisada

O problema prático a ser desenvolvido na pesquisa, como demonstrado acima, é o seguinte: quais são os alertas/destaques/parâmetros elencados pelo órgão de controle externo – TCU – quando analisa as contratações diretas realizadas pela Administração Pública? Com base nestas constatações, poderemos confirmar nossa premissa teórica – cogitação teórica – sobre o “modo de ser” do TCU no Brasil.

Para responder tal indagação, no âmbito do TCU, selecionamos as hipóteses descritas nos incisos I, II, IV, V, VIII, IX, X, XI, XIII, XVI, XXIII, XXIV e XXVI do artigo 24 da LGL e nos incisos (não taxativos) I, II e III do artigo 25 da LGL, com vistas a que sirvam de exemplo para elencarmos tais alertas/destaques/parâmetros. Ressalta-se que, no bojo de nosso Capítulo 4, detalharemos a motivação para a escolha destas hipóteses para que sirvam como “quadro” de nossa pesquisa jurisprudencial no TCU.

Desde já, salienta-se que a nossa hipótese é a de que o gestor público enfrenta problemas ao realizar contratações diretas com a Administração Pública, pois não tem ciência, previamente, dos parâmetros que serão utilizados pelos órgãos de controle, como o TCU, para invalidar as contratações efetivadas.

Entretanto, antes de chegar a esta análise apresentam-se as premissas teóricas do controle externo e, ainda, das hipóteses de contratação direta (nossos marcos teóricos).

Após, com a seleção de acórdãos, esmiuçamos com maiores detalhes os dados principais das decisões (com a descrição da hipótese legal que se enquadram). Tal análise prática pode ser resumida da seguinte maneira:

- a) objetivo principal: quais são os alertas/destaques/parâmetros elencados pelo órgão de controle externo – TCU – quando analisou a contratação direta realizada pela Administração Pública?

b) objetivo principal: a verificação se houve ou não a estipulação de parâmetros extralegais, os quais extrapolaram os requisitos previstos no texto legal, e foram elencados pelo controlador externo para ratificar ou invalidar a contratação direta realizada pela Administração Pública no caso concreto em análise.

i) acessório: qual situação fática autorizou/determinou a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública?

ii) acessório: qual a hipótese legal em que a situação fática foi enquadrada?

iii) acessório: quem era o contratante?

iv) acessório: quem era o contratado?

v) acessório: a decisão do TCU foi unânime ou houve divergência? Caso tenha havido divergência, detalhar os pontos controversos e verificar se o TCU passou alguma mensagem sobre o seu “viés” nas divergências.

vi) acessório: foi imposta alguma sanção ao administrador público responsável, se for o caso de contratação direta indevida? (Por exemplo, multa).

Ao fim, como “núcleo final da pesquisa” (nossas conclusões) demonstraremos as hipóteses e conclusões sobre o “modo de ser” do TCU ao realizar o controle dos dispositivos supramencionados da LGL, seja invalidando as contratações administrativas, seja ratificando a escolha do agente público ao realizar a contratação direta.

Registra-se que a pesquisa não busca uma análise exaustiva das decisões do TCU sobre as contratações diretas, seja em relação aos tipos de decisões analisadas, seja em relação aos problemas tratados. Fundamentalmente, o que se aponta como núcleo essencial da pesquisa é demonstrar por meio de casos concretos exemplificativos o “modo de ser” da atuação do TCU no Brasil, identificando-se os alertas/destaques/parâmetros elencados pelo órgão de controle externo – TCU – quando da análise de contratações diretas realizadas pela Administração Pública (dispensa ou inexigibilidade), por meio de decisões emblemáticas, as quais foram escolhidas com critério metodológico rigoroso como se demonstrará no item 1.4 (A metodologia da pesquisa).

Como conclusão central, pretendemos comprovar o “modo de ser” do TCU, respondendo se este controlador externo atua de forma expansionista, criando requisitos *extra legem* para que as contratações diretas fossem consideradas regulares; ou se, pelo contrário, este órgão de controle não atua de forma expansionista, estando o foco do problema nas mãos do gestor público que, de fato, contrata diretamente sem ter autorização legal para tanto; ou, ainda, se aventaremos outras possíveis hipóteses.

1.4 A metodologia da pesquisa

O método de pesquisa da seção prática de nosso trabalho combina aspectos dedutivos e indutivos. As decisões do TCU são as principais fontes de informações para a apresentação de respostas de modo sistemático aos questionamentos acima elencados (item 1.3 O objetivo da pesquisa: questão a ser analisada).

Sem pretensões de esgotar o tema, o que apresentamos é um refinamento do debate doutrinário, com uma clareza maior sobre o desenho institucional do TCU e a sua atuação como controlador externo das contratações diretas performadas pela Administração Pública.

Especificamente sobre os materiais utilizados, o universo da nossa pesquisa pode ser dividido em dois: doutrinário e jurisprudencial.

Doutrinariamente, a consulta engloba obras de autores brasileiros, em sua maioria, e estrangeiros. Frise-se, no tocante à doutrina estrangeira consultada, que aqui não nos propomos a fazer um estudo de direito comparado. Entretanto, as obras dos autores estrangeiros são de fundamental relevância para a demarcação de aspectos teóricos, em especial, no que toca aos modelos de tribunais de contas encontrados mundo afora, o que nos permite ter um panorama sobre o trilhar da chamada “justiça administrativa” globalmente.

No tocante ao universo jurisprudencial, a principal base de dados é a pesquisa eletrônica disponível no site do TCU. Destaca-se que optamos por restringir o universo das decisões, não apenas em relação ao órgão de controle escolhido, porém também demarcando um filtro de pesquisa para a escolha dos acórdãos, de modo a atingirmos um recorte metodológico mais aprimorado.

O filtro de pesquisa para delimitarmos nosso espaço amostral foi necessário, pois os números de decisões encontradas, com as “chaves de pesquisa” escolhidas em uma busca englobando não apenas o TCU, porém também o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), mostraram-se bastante altos. Sendo assim, como primeiro recorte metodológico, escolhemos tratar apenas das decisões do TCU.

Em relação ao modo de obtenção dessas decisões, como acima mencionamos, utilizamos o banco de acórdãos do sítio eletrônico do TCU, <<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>>, na seção de consulta jurisprudencial.

Como segundo recorte metodológico, também restringimos os parâmetros de busca a serem utilizados na pesquisa jurisprudencial do sítio eletrônico do TCU, consistindo-se na escolha pelo estudo das hipóteses descritas nos incisos I, II, IV, V, VIII, IX, X, XI, XIII, XVI, XXIII, XXIV e XXVI do artigo 24 da LGL e nos incisos (não taxativos) I, II e III do artigo 25 da LGL. Como ressaltado acima, em nosso Capítulo 4, demonstraremos os motivos para tal restrição e, portanto, para tal escolha temática.

O TCU dispõe, dentre outras ferramentas, de pesquisa eletrônica por (i) jurisprudência selecionada em sua “pesquisa livre por expressão ou frase exata”, (ii) boletim de jurisprudência; e (iii) informativo de licitações e contratos. Utilizando estas três ferramentas de pesquisa disponíveis no site do TCU, com a aplicação entre aspas das expressões “contratação direta”, “dispensa de licitação” e “inexigibilidade de licitação” quando da busca em cada uma das três ferramentas de pesquisa, a pesquisa ainda retornava números muito elevados de acórdãos.

Assim, como a pesquisa ainda restou muito ampla, decidimos utilizar um terceiro recorte metodológico. Aqui optamos por nos valer da pesquisa por “jurisprudência selecionada”, navegando no que o sítio eletrônico do TCU chama de “árvore de classificação”.

A árvore de classificação da área “licitação” e do tema “dispensa de licitação” retornou 149 resultados, os quais serão alvo de nossa análise e serão posteriormente catalogados em dezesseis subtemas em nosso Capítulo 4.

Já a árvore de classificação da área “licitação” e do tema “inexigibilidade de licitação” retornou 106 resultados, os quais serão alvo de nossa análise e serão posteriormente catalogados em nove subtemas em nosso Capítulo 4.

Sendo assim, com a totalidade das buscas com o nosso recorte metodológico, 255 (149 somados aos 106) resultados representam o espaço amostral de decisões analisadas em nossa dissertação⁹.

Para demonstrar o recorte que descrevemos acima, apresentamos a seguir o conjunto de tabelas 1, com a totalidade das buscas que realizamos em um primeiro momento, quando da elaboração do projeto de pesquisa para ingresso no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) sem o nosso

⁹ A pesquisa no sítio eletrônico do TCU, para atualização do número de decisões que são alvo de nossa análise, foi realizada em 12 de junho de 2017.

recorte metodológico, a deixar demarcado o altíssimo número de registros encontrados¹⁰. Logo em seguida, encontra-se o conjunto de tabelas 2, com o espaço amostral de decisões analisadas em nossa dissertação (255 resultados). Confira-se:

Conjunto de tabelas 1 (com a totalidade das buscas sem o nosso recorte metodológico final de 255 resultados)

Tabela 1

Tribunal sob análise	Resultados encontrados (Parâmetro de busca: por artigo da LGL – artigo 24 da LGL)
TCU (jurisprudência sistematizada – pesquisa por dispositivo legal)	496 registros
TJ/SP	Pesquisa no TJ/SP não oferece ferramenta para busca por artigo (consulta de jurisprudência – área do advogado)
STJ	55 registros (Parâmetro – Número da Lei: 8666 – Artigo: 24)
STF	Acórdãos: 28 registros Repercussão Geral: Nenhum documento encontrado (Parâmetro – Nome da Lei: Lei de Licitações 1993 – LLC 1993 – Artigo: 24)

¹⁰ A pesquisa foi realizada em 11 de agosto de 2014. A atualização desta pesquisa preliminar não se mostrou necessária, pois optamos por reduzir o nosso espaço amostral de casos analisados. Entretanto, acreditamos ser importante deixar demarcado, por meio destes números preliminares, a elevada quantidade de decisões sobre a nossa temática.

Tabela 2

Tribunal sob análise	Resultados encontrados (Parâmetro de busca: por artigo da LGL – artigo 25 da LGL)
TCU (jurisprudência sistematizada – pesquisa por dispositivo legal)	252 registros
TJ/SP	Pesquisa no TJ/SP não oferece ferramenta para busca por artigo (consulta de jurisprudência – área do advogado)
STJ	69 registros (Parâmetro – Número da Lei: 8666 – Artigo: 25)
STF	Acórdãos: 23 registros Repercussão Geral: 1 registro (Parâmetro – Nome da Lei: Lei de Licitações 1993 – LLC 1993 – Artigo: 25)

Tabela 3

Tribunal sob análise	Resultados encontrados (Parâmetro de busca: por artigo da LGL – artigo 26 da LGL)
TCU (jurisprudência sistematizada – pesquisa por dispositivo legal)	223 registros
TJ/SP	Pesquisa no TJ/SP não oferece ferramenta para busca por artigo (consulta de jurisprudência – área do advogado)
STJ	19 registros (Parâmetro – Número da Lei: 8666 – Artigo: 26)
STF	Acórdãos: 7 registros Repercussão Geral: Nenhum documento encontrado (Parâmetro – Nome da Lei: Lei de Licitações 1993 – LLC 1993 – Artigo: 26)

Tabela 4

Tribunal sob análise	Resultados encontrados (Parâmetro de busca: “contratação direta”)
TCU (novo sistema de pesquisa - pesquisa avançada – pesquisa livre – todas estas palavras) * Número de registros entre parênteses ao lado	Acórdão e decisões (11090) Atas das Sessões (2012) Documentos e páginas (3486) Informativos de Licitações e Contratos (91) Normativos (55) Notícias (188) Processos (36) Súmulas (0)
TJ/SP	56608 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)
STJ	105 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)
STF	Acórdãos: 108 registros Repercussão Geral: 2 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)

Tabela 5

Tribunal sob análise	Resultados encontrados (Parâmetro de busca: “dispensa e licitação”)
TCU (novo sistema de pesquisa - pesquisa avançada – pesquisa livre – todas estas palavras) * Número de registros entre parênteses ao lado	Acórdão e decisões (10815) Atas das Sessões (2012) Documentos e páginas (2229) Informativos de Licitações e Contratos (78) Normativos (59) Notícias (239) Processos (159) Súmulas (1)
TJ/SP	10948 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)
STJ	311 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)
STF	Acórdãos: 53 registros Repercussão Geral: 1 registro (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)

Tabela 6

Tribunal sob análise	Resultados encontrados (Parâmetro de busca: “inexigibilidade e licitação”)
TCU (novo sistema de pesquisa - pesquisa avançada – pesquisa livre – todas estas palavras) * Número de registros entre parênteses ao lado	Acórdão e decisões (5447) Atas das Sessões (1638) Documentos e páginas (1222) Informativos de Licitações e Contratos (51) Normativos (40) Notícias (90) Processos (78) Súmulas (1)
TJ/SP	9234 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)
STJ	152 registros (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)
STF	Acórdãos: 28 registros Repercussão Geral: Nenhum documento encontrado (Parâmetro inserido na “Pesquisa Livre”)

Tabela 7

Tribunal sob análise	Resultados encontrados
TCU (jurisprudência sistematizada: pesquisa por assunto – “contratação direta”)	40 registros
TCU (jurisprudência sistematizada: pesquisa por assunto – “dispensa de licitação”)	10 registros
TCU (jurisprudência sistematizada: pesquisa por assunto – “inexigibilidade de licitação”)	16 registros
TCU (Boletim de Jurisprudência - “contratação direta”)	6 registros
TCU (Boletim de Jurisprudência - “dispensa de licitação”)	5 registros
TCU (Boletim de Jurisprudência - “inexigibilidade de licitação”)	4 registros
TCU (Informativo de Licitações e Contratos – “contratação direta”)	91 registros
TCU (Informativo de Licitações e Contratos – “dispensa de licitação”)	78 registros
TCU (Informativo de Licitações e Contratos – “inexigibilidade de licitação”)	51 registros

Tabela 8

Tribunal sob análise - TCU	Resultados encontrados
TCU (Jurisprudência selecionada: expressão ou frase exata – “contratação direta”)	387 registros
TCU (Jurisprudência selecionada: expressão ou frase exata – “dispensa de licitação”)	125 registros
TCU (Jurisprudência selecionada: expressão ou frase exata – “inexigibilidade de licitação”)	174 registros
TCU (Boletim de Jurisprudência - “contratação direta”)	28 registros
TCU (Boletim de Jurisprudência - “dispensa de licitação”)	18 registros
TCU (Boletim de Jurisprudência - “inexigibilidade de licitação”)	13 registros
TCU (Informativo de Licitações e Contratos – “contratação direta”)	110 registros
TCU (Informativo de Licitações e Contratos – “dispensa de licitação”)	96 registros
TCU (Informativo de Licitações e Contratos – “inexigibilidade de licitação”)	59 registros

* Esta tabela de número 8 é referente à atualização da tabela anterior de número 7. Tal atualização foi feita, pois o setor de catalogação de jurisprudência do TCU implementou novos indexadores e, como pode ser constatado, o número de registros aumentou com a referida mudança.

Conjunto de tabelas 2 (com a totalidade das buscas utilizando o nosso recorte metodológico – representa o espaço amostral de decisões analisadas em nossa dissertação)

Tabela 9

Tribunal sob análise - TCU	Resultados encontrados
<p>TCU</p> <p>Jurisprudência Seleccionada:</p> <p>Navegação por árvore de classificação</p> <p>Área: Licitação</p> <p>Tema: Dispensa de licitação</p>	<p>Acórdãos: 149 registros</p>

Tabela 10

Tribunal sob análise - TCU	Resultados encontrados
<p>TCU</p> <p>Jurisprudência Seleccionada:</p> <p>Navegação por árvore de classificação</p> <p>Área: Licitação</p> <p>Tema: Inexigibilidade de licitação</p>	<p>Acórdãos: 106 registros</p>

Tabela 11

Tribunal sob análise - TCU	Espaço amostral da presente dissertação
<p style="text-align: center;">TCU</p> <p>Jurisprudência Selecionada:</p> <p style="text-align: center;">Navegação por árvore de classificação</p> <p style="text-align: center;">Área: Licitação</p> <p style="text-align: center;">Temas: Dispensa de licitação e Inexigibilidade de licitação</p>	<p style="text-align: center;">Total de acórdãos: 255 registros</p>

Ainda, um problema metodológico identificado na pesquisa das decisões do TCU que compõem o nosso espaço amostral anteriormente delineado no “conjunto de tabelas 2” foi a categorização utilizada pelo sítio eletrônico, especialmente, no que se refere ao modo de indexar as decisões. A indexação sem sistematização traz o risco de algumas decisões importantes escaparem da nossa seleção de acórdãos, pois caso tenham sido indexadas incorretamente, não figurarão em nosso espaço amostral.

No mais, a análise destes dados jurisprudenciais apresentados no “conjunto de tabelas 2” foi organizado com base em formulário previamente estabelecido para obtermos maior rigor metodológico.

O formulário foi preparado de acordo com os questionamentos apontados no item 1.3 (O objetivo da pesquisa: questão a ser analisada) e sua uniformização foi essencial para se ter uma base de dados completa e capaz de sustentar as conclusões sobre o “modo de ser” do TCU. Confira-se o modelo que elaboramos¹¹:

¹¹ Destaca-se que o conjunto de formulários preenchidos com as decisões analisadas foi tabulado em formato de planilha no excel (.xls), de modo a gerar as informações e os dados gráficos apresentados em nosso Capítulo 4, por meio da utilização dos “filtros” disponíveis nesta ferramenta de trabalho.

Modelo de Formulário para análise dos casos

[Dados do acórdão]

- 1.1. Número do acórdão
- 1.2. Tipo de processo
- 1.3. Data de julgamento
- 1.4. Área
- 1.5. Tema
- 1.6. Subtema
- 1.7. Ministro autor da tese/enunciado
- 1.8. Enquadramento legal
- 1.9. Tese/enunciado

[Dados acessórios]

[i] acessório: qual situação fática autorizou/determinou a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública?

[ii] acessório: quem era o contratante?

[iii] acessório: quem era o contratado?

[iv] acessório: a decisão do TCU foi unânime ou houve divergência? Caso tenha havido divergência, detalhar os pontos controversos e verificar se o TCU passou alguma mensagem sobre o seu “viés” nas divergências.

[v] acessório: foi imposta alguma sanção ao administrador público responsável, se for o caso de contratação direta indevida? (por exemplo, multa).

[Perguntas Principais]

[a] objetivo principal: quais são os alertas/destaques/parâmetros elencados pelo órgão de controle externo – TCU – quando analisou a contratação direta realizada pela Administração Pública?

[b] objetivo principal: a verificação se houve ou não a estipulação de parâmetros extralegis, os quais extrapolaram os requisitos previstos no texto legal, e foram elencados pelo controlador externo para ratificar ou invalidar a contratação direta realizada pela Administração Pública no caso concreto em análise.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

5.1 Síntese: hipóteses e conclusões sobre o desenho institucional – “modo de ser” – do Tribunal de Contas no Brasil

Após realizarmos nosso estudo empírico dos casos concretos escolhidos de contratação direta que chegaram ao TCU, de modo a responder aos quesitos propostos, destacaremos abaixo, o que, a nosso ver, revelaram sobre o desenho institucional, o “modo de ser”, deste controlador externo no Brasil.

Apenas para relembrar, os quesitos analisados foram os seguintes: 1) a situação fática que autorizou ou determinou a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública; 2) a hipótese legal em que a situação fática foi enquadrada; 3) o contratante; 4) o contratado; 5) a unanimidade ou divergência na votação; 6) os destaques (“enunciados”) e a avaliação (“alertas”) realizados pelo órgão de controle naquele caso concreto; 7) a verificação se houve a estipulação de parâmetros legais e/ou extralegis elencados pelo controlador externo para ratificar ou invalidar a contratação direta realizada pela Administração Pública no caso concreto em análise; e, por fim, 8) a verificação sobre a imposição de eventual sanção ao administrador público responsável, nos casos de contratação direta indevida.

Registre-se, mais uma vez, que a pesquisa não buscou uma análise exaustiva das decisões do TCU sobre as contratações diretas, nem em relação aos tipos de decisões analisadas, nem em relação aos problemas tratados.

Fundamentalmente, nosso núcleo essencial da pesquisa foi demonstrar, por meio de casos concretos exemplificativos, o “modo de ser” da atuação do TCU no Brasil, identificando-se os alertas/destaques/parâmetros elencados pelo órgão de controle externo – TCU – quando da análise de contratações diretas realizadas pela Administração Pública (dispensa ou inexigibilidade), com o olhar atento para as decisões, as quais foram escolhidas com critério metodológico rigoroso.

Vamos às nossas hipóteses e conclusões sobre o desenho institucional – “modo de ser” – do Tribunal de Contas no Brasil ao verificar a regularidade das contratações diretas realizadas pelos gestores públicos:

1) A nossa hipótese de que o gestor público enfrenta problemas ao realizar contratações diretas, pois não tem ciência, previamente, dos parâmetros que serão utilizados pelos órgãos de controle, como o TCU, para invalidar as contratações efetivadas não se confirmou. Isso porque, em nossa visão, os alertas/destaques/parâmetros elencados pelo órgão de controle externo quando analisou as contratações diretas realizadas pela Administração Pública, em sua enorme maioria, podem ser extraídos da própria literalidade da LGL, em especial, do texto legal dos seus artigos 24 e 25. Ou seja, os requisitos e os parâmetros impostos pelo TCU para que a contratação direta fosse considerada regular estão nos próprios dispositivos legais.

2) A hipótese válida que pode ser extraída de nosso estudo empírico é a de que o TCU não atua de forma expansionista, no sentido de que criaria requisitos não previstos em lei para validar ou invalidar as contratações diretas, mas sim, a atuação expansiva está presente no sentido de que cria obrigações e deveres não previstos em lei para o próprio gestor público. Explica-se. Ao interpretar a literalidade dos dispositivos da LGL, o TCU tem um claro “viés”, qual seja, o de considerar as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade como “exceções legais” e, portanto, a nosso ver, na maioria esmagadora das vezes, pretende que o administrador público comprove que atendeu aos princípios licitatórios²³⁷ (isonomia entre os possíveis competidores, escolha da opção mais vantajosa para administração, etc.), mesmo estando diante de situações fáticas claras que autorizam a realização da contratação direta.

²³⁷ Os princípios básicos da licitação, previstos no artigo 3º da LGL, são a legalidade, a moralidade, a igualdade, da publicidade dos atos, da probidade administrativa, da vinculação ao edital ou instrumento convocatório, do julgamento objetivo e, ainda, há princípios a esses correlatos, os quais aqui não serão examinados por não ser esse o foco do presente trabalho. Confira-se o teor do mencionado dispositivo: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”. Com o intuito de propiciar a igualdade de oportunidades entre os participantes, respeitando o princípio da isonomia, para não frustrar o caráter competitivo da licitação, a lei estabelece vedações aos agentes públicos. Essas vedações impedem a manipulação do edital em favor de um licitante, frustrando o caráter competitivo do certame (cf. artigo 3º, parágrafo 1º, incisos I e II, da LGL). Além disso, a LGL estabelece o rito procedimental que deverá ter o processo licitatório, seguindo as formas dos atos preconizados pelo ordenamento jurídico e impedindo que o processo ocorra de forma distinta da prevista em lei, ou como desejariam a comissão de licitação ou o próprio agente público. Dessa forma, verifica-se que a LGL regulou de forma rigorosa todo o processo formal da licitação, não deixando nenhuma margem para discricionariedade administrativa (verificar os artigos 4º, 38, 41 e 43, da LGL).

3) O TCU, por muitas vezes, cria um cenário de insegurança jurídica para o gestor público. Falamos em insegurança jurídica pois da análise de casos concretos não restou claro, em diversos deles, de que forma o administrador público iria satisfazer o TCU com as suas exigências ao interpretar os requisitos da LGL. Não fica evidente, no mais das vezes, como o gestor público fará a prova requerida pelo TCU de “forma suficiente”; ou o que a Corte de Contas aceitará como “demonstrações inequívocas” para se alcançar a regularidade de determinada contratação direta. Esses obstáculos estiveram muito presentes nos casos em que o TCU verificou a regularidade das contratações diretas alicerçadas em credenciamentos.

4) O TCU, a nosso ver, exige que o gestor público tome medidas bastante proativas e complementares às prescrições dos artigos 24 e 25 da LGL. Ou seja, para não “esbarrar” na ilegalidade, o administrador público, para ter sua contratação direta chancelada como regular, precisa tomar uma série de providências (muitas vezes burocráticas) para “satisfazer” o TCU.

5) A Corte de Contas interpreta a LGL na forma como ela foi construída (estrutura maximalista²³⁸), de modo a “engessar” as atividades e as atuações do gestor público. Exige posturas do administrador público não prescritas na literalidade da LGL.

²³⁸ De forma brilhante, André Rosilho (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, especificamente às páginas 138 e 139) nos demonstra que a premissa sobre a qual se sustenta o maximalismo da LGL, qual seja, a de que um modelo legal detalhista, minucioso, abrangente e que antecipasse, para a lei, uma série de soluções administrativas fosse capaz, quase que de modo automático, de gerar boas contratações públicas, é falsa. Muito falsa. Efetivamente, o modelo da LGL, em razão de sua estrutura, demonstrou-se pouco capaz de produzir boas contratações, independentemente do sentido que será dado a esse termo (contratação com probidade, contratação eficiente, contratação barata, etc.). Desse modo, elencam-se três elementos para embasar tal posicionamento. O primeiro refere-se à impossibilidade de uma lei fixar, de antemão, uma política de contratações públicas completa e acabada, que consiga prever na minúcia todas as possibilidades de comportamentos dos *players* e de seus resultados. Quem seria o “mestre dos magos” capaz de antever a melhor solução para problemas concretos que ainda não existem? Realmente não há como prever o futuro com as enormes variantes que podem surgir para o caso concreto. E, agindo de modo a tentar prever o futuro, o legislador, com a LGL, reduziu imensamente a margem de manobra do administrador e dos licitantes. O segundo elemento conecta-se ao fato de que textos legislativos minuciosos e excessivamente detalhistas e exaustivos geralmente comportam interpretações muito restritivas e apegadas à literalidade do texto legal, o que leva à excessiva imobilidade da redação normativa, restando difícil a adaptação dos inúmeros fatores que influem no caso concreto à LGL. Ainda, redações muito minuciosas tendem a levar o intérprete a concluir que tudo que não esteja permitido é proibido. Com isso, resta evidente a inflexibilidade da LGL. O terceiro e último elemento diz respeito à transferência de poder decisório típica da Administração Pública para o Poder Legislativo, o que faz com que haja um enorme bloqueio na inovação da gestão e das práticas administrativas pelos próprios gestores públicos. Dessa forma, as inovações, para que possam ser implementadas, acabam tendo que passar pelo crivo do Poder Legislativo, por meio de alterações normativas. Registra-se, por fim, que este trecho já foi exposto em nosso Capítulo 3, cabendo aqui rememorá-lo.

6) O TCU, ao se deparar com algumas expressões dos dispositivos dos artigos 24 e 25 da LGL com conteúdo não definido em lei (“conteúdo aberto”), preenche tais conteúdos, interpretando a LGL da forma que melhor lhe convém. Conforme destacamos nos itens 2 e 5 acima, esses preenchimentos realizados pela Corte de Contas têm um claro “viés” interpretativo, qual seja: fazer com que o gestor público atenda aos princípios licitatórios mesmo nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, tratando as contratações diretas como “excepcionalíssimas” (de fato, como exceções legais, sendo que a regra seria o dever de licitar). Assim, esses conteúdos muitas vezes podem ser criticados, pois “engessam” as atividades e as atuações dos gestores públicos, criando obrigações não previstas em lei.

7) Mesmo diante desse claro “viés” interpretativo do TCU, concluímos que a Corte de Contas, ao analisar a regularidade das contratações diretas, não atua de forma expansionista, de modo que não cria parâmetros não previstos em lei para validar as contratações diretas. Registra-se que o foco dos problemas em que esbarra o gestor público não é a “surpresa” com requisitos *extralegem*, mas sim a “surpresa” com a exigência de posturas proativas não previstas em lei e a “surpresa” (por vezes, já esperada ou pressuposta) de uma interpretação “engessada” da LGL, exigindo-se que os requisitos da licitação estejam presentes em casos concretos em que claramente se encaixa e se enquadra a contratação direta.

8) Também diferentemente do que esperávamos concluir, o foco do problema não está nas mãos do gestor público que contrata diretamente sem ter autorização legal para tanto. Conforme acima descrito, o foco do problema está no “viés” interpretativo da LGL utilizado pelo TCU. O gestor público, na maioria das vezes, interpreta a LGL de modo menos engessado que a Corte de Contas e, assim, tem a sua contratação direta considerada como irregular por não atender à interpretação do TCU em relação àquele dispositivo legal em que havia sido enquadrada a contratação direta. Ou seja, apesar de o administrador público ter ciência, previamente, dos parâmetros prescritos na LGL que serão utilizados pelo TCU para invalidar as contratações efetivadas, o gestor público não tem ciência da interpretação que será dada pelo TCU e/ou das posturas proativas que o TCU esperava deste gestor quando dispensou ou inexigiu a licitação.

9) Registre-se que chamou muito a nossa atenção o fato de as decisões do TCU, em sua esmagadora maioria, serem unânimes²³⁹. A conclusão que extraímos dessa constatação foi a de que não há debate intenso entre os ministros do TCU na análise de cada caso concreto de contratação direta. Pareceu-nos, e aqui se trata de mera especulação, que o ministro relator para o caso é o único que conhece detalhadamente aquele processo. Ficou essa impressão, pois os detalhes técnicos são inúmeros em cada caso concreto, de modo que tivemos a sensação de que o relator para o acórdão é o que mais detalhadamente conhece a situação fática (ousamos dizer que é o único dos ministros que conhece, em sua completude, a situação fática discutida). Tanto é assim que, quando nos deparamos com as raríssimas declarações de “votos de ministros revisores”, em sua grande maioria, estas tratavam de divergências na interpretação do texto legal e não cuidavam, nem ao menos superficialmente, dos aspectos fáticos de cada caso concreto²⁴⁰.

10) De se destacar que, nos acórdãos do TCU em que encontramos “votos de ministros revisores” (declarações de votos), estes foram analisados pelo ministro relator em um voto disposto logo abaixo denominado de “voto complementar”, acatando as revisões e as sugestões jurídicas dos revisores (como exemplo, temos a exposição de ressalvas pelos revisores, a incorporação de razões de decidir expostas pelos revisores, a incorporação de medidas cautelares propostas pelos revisores, etc.). Registramos, contudo, que foram pouquíssimos os casos em que encontramos este diálogo e, reitere-se, esses diálogos continham discussões sobre interpretações legais e não sobre detalhes das situações concretas em análise.

²³⁹ A fim de confirmar tal dado, como ficamos bastante surpresos por não encontrarmos quase nenhuma divergência nos acórdãos do TCU analisados, protocolamos na Ouvidoria do TCU um pedido de esclarecimentos sobre a disposição da informação das unanimidades e divergências nos acórdãos. O protocolo foi cadastrado como “Demanda nº 291221” e foi respondido em 28 de junho de 2017 por via eletrônica. A equipe especializada na catalogação da jurisprudência do TCU assim respondeu: “[...] Caso o relator tenha sido vencido, deverá constar ‘nos termos do voto do redator’, mas é possível que haja divergência e, ainda assim, o voto do relator seja vencedor. De qualquer maneira, a informação sobre a existência de divergência pode ser verificada no campo ‘quórum’ da deliberação. Quando há divergência, constam nesse campo os nomes dos ministros que tiveram voto vencido [...]”. Sendo assim, utilizamo-nos do campo “quórum” nos acórdãos para verificar se, de fato, houve ou não votos vencidos em cada caso concreto. Conforme já mencionado no capítulo anterior, em apenas um acórdão encontramos votos vencidos. Neste único caso, podemos afirmar que a divergência estava justamente em qual interpretação seria dada para o artigo 24, inciso VIII, da LGL, em uma situação fática específica envolvendo a análise da legalidade da contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) para a prestação de serviços de logística.

²⁴⁰ Após refletirmos, também aventamos a possibilidade de haver pouca ou nenhuma discussão sobre a situação fática, devido à qualidade ímpar das unidades técnicas do TCU (como, por exemplo, a Secretaria de Controle Externo) que preparam os relatórios, os quais, no mais das vezes, são adotados como o relatório do voto do ministro relator. Entretanto, ainda nos causa estranheza haver tão pouco debate jurídico entre os ministros do TCU.

11) Registra-se que a sanção no mais das vezes imposta pelo TCU ao administrador público responsável diante de casos de contratação direta indevida é a multa (com base nos artigos 267 a 269, do Regimento Interno do TCU ²⁴¹). A nosso ver, essa constatação demonstra o caráter repressivo do controle externo realizado pelo TCU. Como estamos diante de um controle realizado *a posteriori*, ou seja, após a efetivação da contratação direta considerada irregular, a postura do TCU é a de aplicar uma “lição” – por meio da multa – ao gestor público, para que não venha a realizar a contratação direta irregular em uma próxima oportunidade. As demais sanções impostas pelo TCU revelaram-se secundárias e de aplicação esparsa²⁴².

²⁴¹ Regimento Interno do TCU: TÍTULO VII. SANÇÕES. CAPÍTULO I. DISPOSIÇÕES GERAIS. Artigo 266. O Tribunal de Contas da União poderá aplicar aos administradores ou responsáveis que lhe são jurisdicionados as sanções prescritas na Lei nº 8.443, de 1992, na forma estabelecida neste título. Parágrafo único. Às mesmas sanções previstas neste título ficarão sujeitos, por responsabilidade solidária, na forma prevista no § 1º do art. 74 da Constituição Federal, os responsáveis pelo controle interno que, comprovadamente, tomarem conhecimento de irregularidade ou ilegalidade e delas deixarem de dar imediata ciência ao Tribunal. CAPÍTULO II. MULTAS. Artigo 267. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário, conforme estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992. Artigo 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação: I – contas julgadas irregulares, não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 209, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante definido no caput deste artigo; II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o caput; III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante referido no caput; IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput; V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput; VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput; VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput; VIII – reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o caput. § 1º A multa de que trata o caput será atualizada, periodicamente, mediante portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União. § 2º Nos casos em que ficar demonstrada a inadequação da multa aplicada com fundamento nos incisos IV, V, VI ou VII, o Tribunal poderá revê-la, de ofício, diminuindo seu valor ou tornando-a sem efeito. § 3º A multa aplicada com fundamento nos incisos IV, V, VI, VII ou VIII prescinde de prévia audiência dos responsáveis, desde que a possibilidade de sua aplicação conste da comunicação do despacho ou da decisão descumprida ou do ofício de apresentação da equipe de fiscalização. Artigo 269. O débito decorrente de multa aplicada pelo Tribunal, nos termos do artigo anterior, quando pago após o seu vencimento, será atualizado monetariamente desde a data do acórdão condenatório até a data do efetivo pagamento.

²⁴² Regimento Interno do TCU: TÍTULO VII. SANÇÕES. CAPÍTULO III. OUTRAS SANÇÕES. Artigo 270. Sem prejuízo das sanções previstas nos arts. 267 e 268 e das penalidades administrativas aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992. § 1º O Tribunal deliberará primeiramente sobre a gravidade da infração. § 2º Se considerada grave a infração, por maioria absoluta de seus membros, o Tribunal decidirá sobre o período de inabilitação a que ficará sujeito o

12) Conforme mencionaremos em nossa seção 5.3 logo a seguir, a nosso ver, louváveis foram os casos em que o TCU desenhou uma recomendação de adoção de providências internas preventivas ou determinou a adoção de providências corretivas (com base no artigo 250, do Regimento Interno do TCU²⁴³, em especial, em seus incisos II e III) ao gestor público (atuando como *longa manus* da Administração Pública) para que as contratações diretas futuras se adequassem ao que o TCU entende como regular²⁴⁴. Trata-se, para nós, de um exemplo criterioso e efetivo de controle preventivo, muito mais racional do que a sanção de multa imposta na maioria esmagadora dos casos concretos analisados.

13) A evolução da qualidade das unidades técnicas do TCU é notável. Neste item destacamos o enorme auxílio prestado pelos setores técnicos (por exemplo, pela Secretaria de Controle Externo) aos ministros da Corte de Contas. Na temática das contratações

responsável. § 3º Aplicada a sanção referida no caput, o Tribunal comunicará a decisão ao responsável e à autoridade competente para cumprimento dessa medida. Artigo 271. Verificada a ocorrência de fraude comprovada a licitação, o Plenário declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992. Artigo 272. O Tribunal manterá cadastro específico das sanções aplicadas com fundamento nos arts. 270 e 271, observadas as prescrições legais a esse respeito.

²⁴³ Regimento Interno do TCU: TÍTULO VI. ATIVIDADE DE CONTROLE EXTERNO. CAPÍTULO III. FISCALIZAÇÃO. SEÇÃO V. OBJETO DA FISCALIZAÇÃO, SUBSEÇÃO I. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A FISCALIZAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS. Artigo 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: [...] II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações; III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações [...].

²⁴⁴ Como exemplar, destaca-se a decisão do TCU proferida no AC 4050/11-2 (interessantes determinações foram feitas sobre as impropriedades encontradas). Veja-se os relevantes alertas destacados pelo ministro relator neste acórdão: “[...]. 9.3. alertar à Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S.A. que: 9.3.1. o orçamento detalhado em custos unitários deve ser elaborado previamente a contratações de serviços, em respeito ao art. 7º, § 2º, da Lei 8.666/1993 e ao item 5.2, c, do Decreto 2.745/98; 9.3.2. a contratação de serviços advocatícios e de consultoria jurídica mediante inexigibilidade de licitação demanda comprovação simultânea da notória especialização do contratado e da singularidade do objeto, na forma do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, do item 2.3, b, c/c o subitem 2.3.1 do Decreto 2.745/1998, e da jurisprudência deste Tribunal, com observância da determinação formulada à companhia pelo item 9.2.3 do acórdão 1.858/2004-Plenário no tocante à regra de realização do devido certame licitatório aplicável a tais serviços; 9.3.3. quando a competição por serviços advocatícios revelar-se inviável, deve ser realizada pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços demandados, por meio da adoção de sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas e trabalhos entre os pré-qualificados, resguardados os princípios da publicidade, igualdade e legalidade e anotados nos processos de contratação por inexigibilidade de licitação os elementos que justifiquem adequadamente os preços praticados, de modo a atender ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993 e aos itens 1.2 e 5.2 do Decreto 2.745/98; 9.3.4. caso haja necessidade de realização de horas extras, mesmo em situações excepcionais, deve ser observado o limite de duas horas suplementares diárias como acréscimo à jornada normal de trabalho, conforme disciplinado nos arts. 59, caput, e 2º da CLT; 9.4. arquivar os presentes autos [...]”.

diretas, de 2003 a 2017 (marco temporal de nossa pesquisa empírica) pudemos notar um aprimoramento ímpar das unidades técnicas ao prepararem os encaminhamentos dos casos concretos para os ministros, os quais, na maioria esmagadora das vezes, adotam os relatórios dos setores técnicos como sendo o relatório a constar em seus votos.

14) Como núcleo fundamental de nossa pesquisa, concluímos que o TCU tem papel central ao realizar o controle das contratações fundadas nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, seja considerando irregulares as contratações administrativas, seja ratificando a escolha do agente público ao realizar a contratação direta. Seu papel é central, pois, como órgão altamente técnico, a Corte de Contas, apesar de ter um claro “viés” interpretativo da LGL, profere acórdãos de qualidade no tema das contratações diretas. Qualidade esta que pode ser demonstrada e mensurada pelos relatórios minuciosos e detalhistas das decisões e pelo alto grau de profundidade com que as unidades técnicas (por exemplo, a Secretaria de Controle Externo) e os ministros relatores analisam os contratos administrativos.

15) Por fim, destaca-se que o TCU, como órgão auxiliar do Poder Legislativo, na tarefa de controlador externo, quando analisa as contratações diretas, não possui, assim como nunca possuiu, competência constitucional para substituir-se à Administração Pública, refazendo escolhas e decisões a cargo deste poder²⁴⁵. Também não possui competência constitucional para se substituir ao poder que auxilia, elaborando as normas gerais e abstratas, assim como os atos individuais e concretos que regem as premissas de sua atuação. Igualmente, nunca foi capaz de se igualar ao Poder Judiciário, produzindo decisões sobre as quais não caiba qualquer revisão ou recurso²⁴⁶.

²⁴⁵ Neste sentido, conforme já mencionado em nosso item 2.3.1, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] O Tribunal de Contas não pode tomar decisões que são de atribuição da Administração Pública. Ele não pode substituir-se a ela, para inserir exigências nos editais de licitação; ou para exigir garantias suplementares não previstas nos instrumentos convocatórios da licitação; ele não pratica atos administrativos no âmbito de contratos administrativos em execução; ele não altera e não rescinde contratos administrativos; ele não regula contratos administrativos. A sua missão – das mais nobres – é a de auxiliar o Congresso Nacional na 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”, conforme previsto no artigo 70, caput, da Constituição [...]”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Incompetência dos Tribunais de Contas para determinar a sustação de contratos administrativos, mesmo como medida cautelar. Matéria de competência privativa do Congresso Nacional. Aplicação do princípio pacta sunt servanda nos contratos administrativos. Limites à invalidação de contratos administrativos*. Parecer não publicado, 2010.

²⁴⁶ Por ocasião das discussões para a criação do primeiro tribunal de contas no Brasil em 1890, Rui Barbosa já encarecia a necessidade de se evitarem conflitos entre tais órgãos e a Administração Pública, defendendo que a eles fosse conferida uma função estritamente relacionada à verificação orçamentária. Não seria de bom

5.2 Reflexões sobre as repercussões práticas do estudo

Esta seção tem como objetivo sintetizar a mensagem que gostaríamos de levar aos administradores públicos que têm a tarefa de utilizar a LGL na celebração das contratações diretas em seu dia a dia na Administração Pública. O núcleo de nosso alerta é o de que o engessamento da atuação do gestor público é criado pela própria LGL e pela sua interpretação enviesada realizada pelo TCU como controlador externo²⁴⁷.

Conforme constatado em nosso estudo empírico, os casos concretos em que a contratação direta realizada pelo gestor público é considerada irregular são muitos e também são muitos os casos em que há a efetiva responsabilização do administrador público, que não necessariamente realiza a contratação direta para locupletamento seu ou de terceiros.

Como aponta GUILHERME JURKSAITIS²⁴⁸, os órgãos de controle, e mesmo a doutrina jurídica, tendem a interpretar qualquer procedimento de contratação como submisso aos

alvitre, ressalta, “insinuar no organismo de uma instituição um princípio de conflito com outras, confiando o remédio do mal orgânico à prudência accidental dos indivíduos que a representarem”. “Melhor”, defende este jurista, seria “encerrar a nova autoridade no limite natural das necessidades que a reclamam, isto é, reduzir a superintendência preventiva do Tribunal de Contas aos atos do governo, que possam ter relação com o ativo ou o passivo do Tesouro” (BRASIL. Exposição de motivos do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890). Para Rui Barbosa: “Parece, porém, que essa evolução, a que se chegou, na forma italiana, levando a superintendência do Tribunal de Contas (Corte dei Conti), além da fronteira dos actos concernentes às finanças públicas, força a natureza da instituição, sujeitando-a a críticas, de que não seria susceptível, si se lhe tivessem limitado as funções ao circulo dos actos propriamente financeiros do governo. Transpondo essa divisoria, o tribunal poderia converter-se em obstaculos a administração, difficultando improficuamente a acção ministerial, e annullando a iniciativa do governo, em actos que não entendem com o desempenho do orçamento. Na Italia o criterio do pessoal a que tem sido confiada essa magistratura, evitou, até hoje, em geral, esse inconveniente, abstendo-se o tribunal de exercer as suas pesquisas em assumptos alheios às finanças do Estado. Mas não é de bom aviso insinuar no organismo de uma instituição um principio de conflicto com outras, confiando o remedio do mal organico a prudencia accidental dos individuos que a representarem. Melhor é encerrar a nova autoridade no limite natural das necessidades que a reclamam, isto é, reduzir a superintendência preventiva do Tribunal de Contas aos actos do governo, que possam ter relação com o activo ou o passivo do Thesouro. Estabelecida esta resalva, o modelo italiano é o mais perfeito”. Registre-se que foram com estes contornos que a Corte de Contas brasileira foi criada. Ver também: BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. Tomo I. p. 223-240; e BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, Editora Renovar, jan/mar. de 1996..

²⁴⁷ Interessante abordagem é feita em: JURKSAITIS, Guilherme. *Contratação Direta: análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. p. 119. O referido autor menciona que: “[...] identificar a licitação com o regime legal da Lei 8.666/93 é um equívoco. O vício de origem dessa lei é justamente o seu grande trunfo de se pretender aplicável a toda a Administração Pública e em todas as circunstâncias. *Esse olhar enviesado, que tudo lê e interpreta através da Lei 8.666/93, contaminou o sistema das contratações públicas no Brasil*. O surgimento de inúmeros regimes alternativos é um indicativo dessa constatação. Mas esses regimes mantiveram a sua aplicação subsidiária, preservando a lógica da Lei 8.666/93, exceto pelo RDC [...]” (grifo nosso).

²⁴⁸ JURKSAITIS, Guilherme. *Contratação Direta: análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito,

imperativos da LGL, ignorando suas distorções e os problemas que os regimes alternativos procuraram corrigir. De fato, é premente a necessidade de uma ampla reforma no sistema brasileiro de licitações e o estudo empírico deste trabalho demonstra que o instituto da contratação direta precisa ser revisto na própria LGL.

A nosso ver, portanto, a maior ajuda que podemos conceder ao gestor público é alertá-lo no sentido de que o seu problema maior é enfrentar a própria LGL e a sua interpretação enviesada realizada pela Corte de Contas, a qual pretende ver os princípios licitatórios presentes em qualquer contratação pública²⁴⁹. Em outras palavras, seu problema é passar pelo crivo de uma interpretação da LGL que engessa suas práticas e atividades.

Outro alerta fundamental é para que o gestor público tenha prévia ciência de que a sanção mais comum imposta pelo TCU quando detectadas irregularidades nas contratações diretas, levando à reprovação das contas nos processos de prestação de contas e de tomada de contas dos administradores públicos, é a multa.

Cabe destacar, ainda, como bem apontaram FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JULIANA BONACORSI DE PALMA²⁵⁰, que um dos impasses do controle da Administração Pública no Brasil é, como foi por esses autores intitulado, a “gestão de defesa: o administrador de boa-fé refém do controle”. Explica-se.

Na lição dos referidos autores, pela presunção de ilegalidade da Administração Pública, em regra compartilhada pelas instituições de controle, qualquer medida administrativa mais arrojada é vista com desconfiança. Outrossim, a burocracia dispõe de uma cultura própria, da qual decorrem rotinas usualmente praticadas pelos funcionários públicos.

Nesta toada, espera-se que o Poder Público atue de modo uniforme, conformando-se à letra da lei (“administrar é aplicar a lei de ofício”). Fato é que o controle formal vê interesses escusos em qualquer ação administrativa que destoe das fórmulas rotineiras e,

São Paulo, 2013. p. 119. O referido autor conclui no sentido de que sofisticar o procedimento previsto no art. 26 da Lei 8.666/93, para que considere as diferenças entre as variadas hipóteses de contratação direta no momento da contratação, é tarefa das mais importantes. Para ele, é medida salutar estabelecer procedimentos simplificados de seleção como alternativa à contratação direta em geral, sem cair no erro de querer impor a esses procedimentos simplificados todas as exigências da Lei 8.666/93. A doutrina jurídica e os órgãos de controle – Ministério Público, Tribunais de Contas e Poder Judiciário – precisam aceitar que licitação não é sinônimo de Lei 8.666/93, ou a contratação direta só vai crescer e o poder público usará cada vez menos da licitação.

²⁴⁹ Carlos Ari Sundfeld e André Janjácomo Rosilho pertinentemente questionam: onde está o princípio universal da licitação? Ver: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André Janjácomo. Onde está o princípio universal da licitação?. In: Carlos Ari Sundfeld; André Rosilho. (Org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 19-38.

²⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 31-33.

tendo essa premissa em mente, o gestor público teme o risco de ser responsabilizado pessoalmente por uma decisão “criativa”, a qual pode ser lida como ímproba pelo controlador.

Desta forma, há situações em que o gestor público realiza um certame licitatório ainda que o caso concreto admita dispensa ou inexigibilidade, pois receia que a motivação para contratação direta não seja compartilhada pelo controlador e, como consequência, venha a responder pessoalmente pelo “ilícito”. Vale o risco pessoal? Como colocam os referidos autores, essa é a pergunta que os gestores públicos de boa-fé se fazem.

Sendo assim, a mensagem final que gostaríamos de transmitir para os administradores públicos é a de que se policiem para não praticarem essa gestão pública de defesa, em detrimento de uma gestão pública proativa, endereçando a motivação do ato administrativo pela situação concreta que enseja a atuação administrativa e não ao controlador externo.

Ao fim e ao cabo, sabemos que os “medos” e os “temores” dos gestores públicos são legítimos e se confirmam pela postura enviesada do TCU ao analisar as contratações diretas. Contudo, acreditamos que a Corte de Contas ao verificar a boa-fé do gestor e, ainda, tendo em conta que o intérprete primeiro das normas administrativas é a própria Administração Pública, e não o controlador, deverá evoluir no sentido de prestar deferência às soluções inovadoras e criativas dos gestores públicos. Mais uma vez, sabemos que esperar essa evolução na postura do TCU não é tarefa fácil, mas apenas por este meio vislumbramos atitudes e posturas menos receosas dos gestores.

5.3 Mais perguntas e questionamentos: futuras linhas de pesquisa

Como inspiração para iniciar esta seção temos em mente o ensinamento de JAMES MADISON, em O Federalista, n. 51:

Ao construir-se um governo – integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens – a grande dificuldade está em que se deve, primeiro, habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obriga-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções auxiliares [...].

Esta inspiração é pertinente, pois o tema do controle é apaixonante e infinito.

Assim, esta seção tem como missão apresentar as perguntas, os questionamentos (os quais ficaram em aberto em nosso trabalho por não serem o seu foco) e, em consequência, as futuras linhas de pesquisa que vislumbramos na temática do controle externo pelo TCU e das contratações diretas. Vamos a eles:

1) Linha de pesquisa com foco no desenho institucional do TCU na visão da ciência política.

Encontramos estudos relevantíssimos que analisam a importância do TCU no sistema institucional de controle de contas por meio da modelagem de seu desenho institucional²⁵¹.

Como exemplar desta linha de pesquisa, gostaríamos de mencionar o trabalho de THIAGO DO NASCIMENTO FONSECA²⁵², o qual concluiu que

[...] O desenho institucional do Tribunal não dispõe somente de várias atribuições ligadas às três dimensões de controle – fiscalização, julgamento e sanção –, como também prevê dispositivos que buscam assegurar autonomia e independência institucional. Todavia, a importância da instituição vai além dos amplos traços do seu desenho institucional. Nos últimos quinze anos, o número de condenados pelo TCU se manteve elevado e quase dobrou. O presente trabalho pretendeu analisar o desempenho do Tribunal de Contas da União a partir de variáveis políticas e institucionais. Investigar o aumento ou diminuição das ações empreendidas pelo Tribunal não é a única estratégia para investigar seu desempenho. A variação das chances e da probabilidade das contas serem fiscalizadas e julgadas como irregulares foi utilizada como indicativo da variação de desempenho. Nossa principal conclusão é que variáveis políticas ligadas ao perfil dos ministros do Tribunal são menos importantes para a variação da probabilidade das contas serem julgadas como irregulares do que variáveis institucionais vinculadas à iniciativa de fiscalização [...].

²⁵¹ Neste sentido, ver: SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*. Konrad Adenauer Stiftung, São Paulo, 2000; SPECK, Bruno Wilhelm. Tribunais de Contas. *Revista Gestão e Controle*, Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, 2013; SPECK, Bruno Wilhelm. Estreitar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com o Poder Legislativo: uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados brasileiros. *Revista TCE*, p. 100-111, 2013; e SPECK, Bruno Wilhelm. Estratégia para melhorar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com a Sociedade Civil: uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados brasileiros. *Revista TCE*, p. 91-99, 2013.

²⁵² FONSECA, Thiago do Nascimento. *Tribunal de Contas da União: regras institucionais e fatores políticos na explicação de seu desempenho*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2015. p. 134-139.

O trabalho do referido autor sinaliza para diversas linhas de pesquisa com o objetivo de que se desvende a seguinte indagação: como o TCU – a maior instituição brasileira de controle de contas – conduz os seus trabalhos?

Por fim, como contribuições relevantes que o mencionado autor deixou para descrever o desenvolvimento do desenho institucional do TCU na visão da ciência política, mencionamos:

- a) O quadro elaborado pelo autor em que classifica os traços do desenho institucional do TCU

Figura 8

Quadro 3 – Classificação dos traços do desenho institucional do TCU

Atribuições		Relações interinstitucionais	Jurisdicionados	
Fiscalização ou Supervisão	Monitoramento	Autonomia	Esfera de Governo	Federal
	Inspeções e investigações			Estadual
				Municipal
Julgamento	Critérios (objetivo e subjetivo)	Independência	Tipo de atores	Políticos
	Tipo de Foro			Burocráticos
				Privados
Sanção	Perda ou ressarcimento de valores	Coordenação interinstitucional	Tipo gestão de recursos	Recursos Humanos da Administração Pública
	Perda de direitos			Transferências Constitucionais
	Medidas de prevenção e recomendação			Contratos
	Danos à reputação			Outros repasses federais

Fonte: FONSECA, Thiago do Nascimento. *Tribunal de Contas da União: regras institucionais e fatores políticos na explicação de seu desempenho*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2015.

- b) A menção que o autor faz para os dois elementos que marcaram decisivamente o processo constituinte no que diz respeito ao modelo institucional de controle externo de contas. Coloca que, em primeiro lugar, o TCU contava com um importante recurso: experiência institucional sobre o controle de contas. Essa

experiência institucional, que a maior parte dos políticos profissionais não possuía, motivou os constituintes a manter o TCU com um amplo leque de atribuições, para manter um sistema de controle externo eficiente. No entanto, estabeleceram limites ao Tribunal, principalmente na direção de aplicar ajustes para limitar sua autonomia. Este resultado só pôde ser efetivado por meio da cooperação entre os maiores partidos independentemente de sua posição no espectro ideológico e através da mobilização de suas bancadas. Ademais, menciona que, em segundo lugar, a vitaliciedade foi reinserida na CF/88 por pressões do TCU e devido ao apoio de forças ligadas a antiga Arena. Tanto os relatores da segunda Comissão e da Comissão de Sistematização quanto a maioria dos constituintes em Plenário foram contrários à vitaliciedade. O único fator observável que ocorreu antes das votações em plenário e que poderia alterar o resultado foi a ameaça feita pelo TCU através da “Operação Transparência”, que supostamente fiscalizaria ações de quase todos congressistas.

2) Linha de pesquisa com foco na modelagem do aprimoramento do controle externo realizado pelo TCU

A presente linha de pesquisa tem inspiração no trabalho de ÁLVARO GUILHERME MIRANDA²⁵³, que analisou o perfil do TCU de 1890 a 2013. O referido autor conclui que:

[...] os tribunais de contas enfrentam hoje o dilema de se adequarem e se transformarem diante das rápidas mudanças e demandas da sociedade contemporânea. Mais do que isso, dilemas numa situação em que sua própria transformação não seria possível somente a partir de ações endógenas de forma isolada em relação à estrutura institucional mais ampla do Estado. São dilemas que se caracterizam pelo contraste entre seu poder de fiscalização adquirido ao longo das últimas duas décadas e o

²⁵³ MIRANDA, Álvaro Guilherme. *Desenho institucional do Tribunal de Contas no Brasil (1890 a 2013)*: da legislação simbólica ao “gerencialismo público” do ajuste fiscal. 2013. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Rio de Janeiro, 2013. p. 236. O referido autor ao traçar os paradoxos dos tribunais de contas brasileiros, menciona que, durante a fundação da República, o Brasil copiava o modelo francês, mas os franceses consideravam que a criação brasileira era uma originalidade em face da forma federativa de governo. A contradição dizia respeito à constitucionalização simbólica entre ser ou não ser um controle externo efetivo e verdadeiro que acabou marcando toda a trajetória republicana da instituição. Mimetismo e constitucionalização simbólica acabaram se interpenetrando na atualidade de uma atmosfera de supostos princípios absolutos e consensuais de controle externo baseados em valores e prescrições de instituições superiores de controle internacionais. Registra-se, por fim, que parcela do trecho acima transcrito já foi exposta em nosso item 2.4.

ambiente institucional que lhe impõe freios para inovações institucionais mais efetivas e pragmáticas. Exemplos são a falta de poder para executar suas próprias decisões, bem como a ausência de um discurso identificável, além de sua ontologia nebulosa em relação aos problemas da representação política.

Diante desta perspectiva, uma futura linha de pesquisa seria encontrar respostas para os desafios que vivencia o TCU nos dias de hoje, de modo a aprimorar o controle externo por ele realizado.

3) Linha de pesquisa com foco na análise de uma eventual atuação expansionista do TCU, diante das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente

Esta linha de pesquisa tem inspiração no recente trabalho de ANDRÉ ROSILHO²⁵⁴. O referido autor se dispôs a responder as seguintes indagações: 1) Quais são as possibilidades e limites do controle pelo TCU à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente?; e 2) Estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle?

Em brevíssima síntese, o referido autor concluiu que a CF/88, ao genericamente autorizar o TCU a realizar fiscalizações operacionais e a utilizar novos parâmetros de controle, sem definir com clareza suas possibilidades e limites, deu ensejo a leituras ampliativas de suas competências e atribuições. Ademais, destacou que a lógica na qual o legislador se escorou para construir as normas que disciplinam as competências e atribuições do TCU — responsáveis por ampliar substancialmente seu espaço de atuação ao não lhe fixar limites muito precisos às suas possibilidades de controle —, apesar de, do ponto de vista jurídico, não ser a mais adequada para a construção de políticas públicas de controle, cumpriu um papel historicamente relevante: o de fortalecer o Tribunal.

Ainda, o mencionado autor corroborou que hoje o TCU ocupa espaço de destaque no cenário das instituições de controle brasileiras e que é fundamental que assim seja, pois a ele foi atribuído papel singular no ambiente do controle externo.

No entanto, colocou que, passados quase 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, seria chegado o momento de repensar a trajetória da instituição, equalizando eventuais distorções geradas por uma radicalização do controle, possível por conta das características da legislação.

²⁵⁴ ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016. p. 324-325.

Por fim, afirmou que não parece aceitável que o Tribunal se fortaleça ao custo da erosão dos parâmetros normativos voltados a balizar suas atividades. Afinal, o exercício de controle completamente desvinculado de qualquer regra jurídica é arbítrio e arbítrios não são tolerados pelo Direito, nem mesmo em prol das boas causas. Seria preciso que o resultado global da atividade de controle do TCU tivesse saldo positivo, mas a um custo aceitável, parecendo-lhe imprescindível, pois, que o intérprete do Direito fizesse uma leitura juridicamente consistente da legislação, levando a sério as possibilidades e os limites do controle por ela fixados.

Diante desta relevantíssima contribuição de ANDRÉ ROSILHO apontamos como uma futura linha de pesquisa o desenho de um estudo empírico de casos concretos analisados pelo TCU para se comprovar a eventual atuação expansionista do TCU, diante das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente. Não temos certeza da viabilidade deste estudo, pois o recorte metodológico das decisões do TCU a corroborar tal tese não nos parece tarefa fácil.

4) Linha de pesquisa com foco na análise do conteúdo das recomendações e das determinações exaradas pelo TCU e de seus respectivos acompanhamentos via Secretaria de Controle Externo (Secex) da Corte de Contas

Como linha de pesquisa frutífera destacamos o estudo empírico (via análise de casos concretos do TCU) das recomendações da Corte de Contas para adoção de providências internas preventivas e das determinações do TCU de adoção de providências corretivas (com base no artigo 250, do Regimento Interno do TCU, em especial, em seus incisos II e III) aos gestores públicos (atuando como *longa manus* da Administração Pública) para que as contratações diretas futuras se adequassem ao que o TCU entende como contratação regular.

Trata-se, para nós, de uma pesquisa que traria conclusões importantes sobre a eficácia das recomendações e das determinações exaradas pelo TCU. A nosso ver, a hipótese seria a de que tais recomendações e determinações são exemplos criteriosos e efetivos de controle preventivo exercido pela Corte de Contas, muito mais racionais do que a sanção de multa imposta na maioria esmagadora dos casos concretos analisados em nosso trabalho.

Não encontramos nenhuma dissertação de mestrado ou tese de doutorado que tenha adotado tal proposta. Ao mesmo tempo, destacamos que temos em conta a dificuldade de

realização de pesquisas empíricas que visem a medir a efetividade de instrumentos jurídicos.

5) Linha de pesquisa com foco no estudo dos porquês das divergências entre as unidades técnicas (Secex, por exemplo) e o voto dos ministros relatores

A nosso ver, uma pesquisa empírica frutífera seria analisar os acórdãos do TCU em que há divergência entre o posicionamento da unidade técnica (Secex, por exemplo) e o voto do ministro relator. Ou seja, o objetivo seria entender e explicar quais são os motivos que levam os ministros relatores a não levarem em consideração o parecer da unidade técnica. Seria por que verificaram algum erro material da unidade técnica? Seria por que divergem em relação à interpretação de determinado dispositivo legal?

Para nós esta pesquisa traria conclusões essenciais, de modo a contribuir para o aprimoramento das unidades técnicas dos tribunais de contas brasileiros. Não encontramos nenhuma dissertação de mestrado ou tese de doutorado que tenha adotado tal proposta.

6) Linha de pesquisa com foco no estudo do porquê do elevado número de acórdãos do TCU em que não se encontram divergências – debates jurídicos – entre os ministros presentes

Para nós, uma indagação que restou sem análise precisa (apenas fizemos elucubrações) seria responder quais os motivos do elevado número de acórdãos do TCU em que não se encontram divergências – debates jurídicos – entre os ministros. Em outras palavras, o trabalho seria desenhar uma pesquisa que pudesse explicar a imensa unanimidade nas decisões do TCU.

Não encontramos nenhuma dissertação de mestrado ou tese de doutorado que adotou tal proposta. Ao mesmo tempo, destacamos que temos em conta a dificuldade de criar um método de estudo criterioso e rígido a responder tal indagação, sem partir para especulações.

7) Linha de pesquisa com foco na análise do perfil dos ministros do TCU

Chamou a nossa atenção ao longo da pesquisa o perfil altamente técnico dos atuais ministros do TCU. Verificamos longas carreiras técnicas e vasta experiência no próprio

TCU antes de se tornarem ministros. Neste sentido, vemos como relevante verificar como o perfil dos ministros do TCU influencia as decisões das Cortes de Contas.

Mais uma vez, não seria tarefa fácil medir tal influência, mas vemos esta linha de pesquisa como frutífera, desafiadora e que pode trazer conclusões valiosas sobre o TCU.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle da administração pública e responsabilidade do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 7.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2011.
- ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- ATRICON. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas no Brasil. *Relatório “Diretrizes para o aprimoramento dos Tribunais de Contas no Brasil”*. 2015. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/documentos/diretrizes-para-o-aprimoramento-dos-tribunais-de-contas-do-brasil-resolucoes-atricon/>>. Acesso em: 13 de junho de 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BARBOSA, Marcelo Nascimento. *A contribuição da atuação do Tribunal de Contas da União no aprimoramento da governança regulatória do setor de infraestrutura no Brasil*. 2011. Dissertação (Mestrado em Regulação e Gestão de Negócios) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. Tomo I.
- _____. Tribunais de contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, jan/mar. de 1996.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 97-106, out./ dez. 1993.
- BOUVIER, Philippe. *Eléments de droit administratif*. Bruxelas: Boeck & Larcier, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livreiro Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de Poderes do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 31, p. 57-73, abr./ jun. 2000.
- CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da Administração Pública*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1995.
- CLARKE, Henri Walter. *Constitutional and administrative law*. London: Sweet and Maxwell, 1971.
- COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Org.). *Tribunais de Contas: aspectos Polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- _____. *Incompetência dos Tribunais de Contas para determinar a sustação de contratos administrativos, mesmo como medida cautelar: Matéria de competência privativa do Congresso Nacional: Aplicação do princípio pacta sunt servanda nos contratos administrativos: Limites à invalidação de contratos administrativos*. Parecer não publicado, 2010.
- DIEZ, Manuel Maria. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editora Plus Ultra, 1980.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina, 2004.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 25. ed. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 2014.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid: Editora Civitas, 1995. v. 2.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

- _____. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- FERRAZ, Luciano. Controle externo das licitações e contratos administrativos. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 205-210, nov./ dez. 2003.
- _____. *Licitações: estudos e práticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Adcoas, 2002. FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FONSECA, Thiago do Nascimento. *Tribunal de Contas da União: regras institucionais e fatores políticos na explicação de seu desempenho*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2015.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- _____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Tribunal de Contas: aspectos constitucionais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação pública: a lei geral de licitação - LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- HORBACH, Carlos Bastide; LISBOA, Carolina. Análise Constitucional: STF e dispensa irregular de licitação: incertezas em matéria penal. *Revista Consultor Jurídico*, texto publicado eletronicamente pela Revista Consultor Jurídico, out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-23/analise-constitucional-stf-dispensa-irregular-licitacao-incertezas-materia-penal>>. Acesso em: 18 de junho de 2017.
- JURKSAITIS, Guilherme. *Contratação Direta: análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- LAGE, Fernanda de Carvalho. *A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União: uma análise sob a ótica da Teoria Geral do Estado, do Direito Administrativo e do Direito Constitucional*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=57e5cb96e2254600>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 09, n. 100, abril. 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Org.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- MATEO, Ramón Martín; SÁNCHEZ, Juan José Díez. *Manual de Derecho Administrativo*. 29. ed. Cizur (Navarra): Editorial Aranzadi, 2012.
- MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 108, p. 101-126, out./ dez. 1990.
- _____. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Direito Administrativo Moderno*. 20. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- _____. Tribunal de Contas e contrato administrativo. In: *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. v. 11.
- MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRANDA, Álvaro Guilherme. *Desenho institucional do Tribunal de Contas no Brasil (1890 a 2013): da legislação simbólica ao “gerencialismo público” do ajuste fiscal*. 2013. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Rio de Janeiro, 2013.
- MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 11. ed. Paris: Editora Montchrestien, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- NIDEJELSKI, Gabriel Machado. Controle de constitucionalidade pelo TCU: releitura da Súmula 347 do STF. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3318, ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22342>>. Acesso em: 13 de junho de 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- NUNES, Sandro Luiz. *Dispensar ou inexigir licitação indevidamente. Aspectos destacados do artigo 89 da Lei nº 8.666/93*. Fev. 2009. Disponível em: <<http://mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/140409024104.pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2017.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.
- PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.
- POMBO, Rodrigo Goulart de Freitas. A controvérsia sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo TCU. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 80, out. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=80&artigo=1093&l=pt>>. Acesso em: 13 de junho de 2017.
- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Controle dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016.
- _____. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre os contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. (Org.) *Direito Administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- SANTOS, Norma Lucia da Silva Santos. O controle financeiro da Administração Pública. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Porto, Faculdade de Direito, Porto, 2015.

- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Procedimento Administrativo nos tribunais de contas e câmaras municipais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SPECK, Bruno Wilhelm. Estratégia para melhorar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com a Sociedade Civil: uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados brasileiros. *Revista TCE*, p. 91-99, 2013.
- _____. Estreitar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com o Poder Legislativo: uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados brasileiros. *Revista TCE*, p. 100-111, 2013.
- _____. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*. Konrad Adenauer Stiftung, São Paulo, 2000.
- _____. Tribunais de Contas. *Revista Gestão e Controle*, Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ ago. 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 2006, n. 60, dez. 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André Janjácomo. Onde está o princípio universal da licitação?. In: Carlos Ari Sundfeld; André Rosilho. (Org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- TAKEDA, Tatiana. Discussão sobre a natureza jurídica dos Tribunais de Contas. *Revista Jurisway*, texto enviado ao JurisWay em 05 de fevereiro de 2009, última edição/atualização em 06 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1112>. Acesso em: 17 de junho de 2017.

TOURINHO, Rita. Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, out./ nov./ dez., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Editora PUF, 1973.

ZYMLER, Benjamin. Licitações e contratos administrativos. In: *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.