



Controles Interno e Externo nos Processos Licitatórios

Jorge Batista Calado Filho¹
Fábio Félix Ferreira²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar e demonstrar a forma pela qual são exercidos os controles interno e externo nos processos licitatórios. Com efeito, vislumbra-se a atuação da Comissão de Licitações, que não deve ficar restrita apenas ao controle da legalidade da discricionariedade, mas necessita prender-se também a uma verificação de conformidade das ações discricionárias com os preceitos emanados pela legislação vigente. Os questionamentos sobre a possibilidade da discricionariedade administrativa vir a ser invocada na tomada de decisões nos certames licitatórios serão aqui abordados, trazendo-se como exemplo, o procedimento adotado na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Neste mister, partir-se-á da análise do Sistema Principlológico no Estado Democrático de Direito que rege a Administração Pública, especificamente os processos licitatórios, para, posteriormente, serem tecidas considerações acerca dos atos administrativos, da discricionariedade e de como se dão os controles interno e externo nos processos licitatórios.

Palavras - chave: Atos discricionários e vinculados. Controles interno e externo. Processo licitatório. Discricionariedade.

Internal and External Controls in the Bidding Processes

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze and demonstrate the way in which internal and external controls are exercised in bidding processes. Indeed, the performance of the Bidding Committee is envisaged, which should not be restricted only to controlling the legality of discretion, but also needs to be tied to verifying compliance of discretionary actions with the precepts emanating from current legislation. Questions about the possibility of administrative discretion to be invoked in decision-making in bidding processes will be addressed here, bringing up as an example the procedure adopted at the Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). In this matter, it will be based on the analysis of the Principiological System in the Democratic State of Law that governs the Public Administration, specifically the bidding processes, for, later, considerations will be made about the administrative acts, the discretion and how the controls are given internal and external in bidding processes.

Keywords: Discretionary and related acts. Controls internal and external. Bidding process. Discretionary.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Pós-Graduado em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Pós-graduado em Gestão Universitária pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Analista Universitário na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Doutor em Direito Penal e Criminologia na Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Professor titular de Direito Penal, Direito Penitenciário e Criminologia no Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB.

Introdução

Como qualquer outro ramo do Direito, também o direito administrativo está sujeito a princípios que lhe conferem a fisionomia própria do seu regime jurídico. Tais princípios servem como orientação segura para a interpretação dos institutos que integram o campo de atuação da Administração Pública. É certo que os mais importantes princípios administrativos encontram-se consagrados na Constituição da República, entretanto, não são os únicos. Ademais, a necessidade de se reconhecer e dar eficácia aos princípios constitucionais é incontestável, não se justificando a existência de princípio jurídico privado de aplicabilidade, obrigatoriedade e imperatividade, mesmo quando não são explicitamente estabelecidos, pois se transformariam instrumentos inúteis ao escopo de justiça perquirido pelo legislador constitucional.

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito a Administração Pública deve agir em consonância com a lei, buscando o real cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa, observando e respeitando os princípios basilares elencados na Constituição da República, para, assim, ratificar a supremacia do interesse público sobre o privado. Ao agir manifestando sua vontade, a Administração Pública pratica atos. Seriam os chamados atos administrativos. Assim, para a Administração Pública, o ato administrativo é o ato jurídico que concretiza o exercício da função administrativa do Estado. Portanto, todos os atos praticados pela Comissão de licitação da UESB são atos administrativos.

Destarte, para José Júnior Cretella (2001, p.145), o “ato administrativo é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários que, sob regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Segundo o Professor Hely Lopes Meyrelles (2004, p.189), “o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos seus administrados ou a si própria”. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.433), o ato administrativo é a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, sujeitas a controle de legitimidade por órgão judicial”.

Dessa forma, ao praticar um ato, sendo este vinculado ou discricionário, a Administração Pública, direta, indireta ou fundacional está passiva aos controles interno e externo. Assim, o controle exercido por órgãos da própria Administração, ou seja, por aqueles órgãos que integram

o aparelho do Poder Executivo, seria o controle interno. No caso da UESB, o controle interno se daria pela emissão de parecer jurídico da Procuradoria Jurídica, especialmente no que se refere aos processos licitatórios. Já o controle exercido por órgãos alheios à Administração seria o controle externo. No que concerne ao controle externo, aquele controle exercido por órgãos alheios à Administração Pública, tem-se o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas – que auxilia o Poder Legislativo – e o controle jurisdicional ou judicial, exercido pelo Poder Judiciário. Mais uma vez, no caso da UESB, o controle externo basicamente é exercido pelo Tribunal de Contas do Estado da Bahia – TCE/BA.

Assim, os processos licitatórios também estão sujeitos a ambos os controles, uma vez que a regra para aquisição de bens e serviços em qualquer esfera pública é a licitação. Como já citado, a Administração Pública pratica atos vinculados e discricionários, sendo que os discricionários seriam os atos em que a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, enquanto os atos vinculados seriam aqueles expedidos quando não resta para o administrador margem alguma de liberdade.

Neste diapasão, buscando sempre ter como base os princípios constitucionais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), assim como a lisura nos atos administrativos praticados nos certames licitatórios, os controles interno e externo são indispensáveis para a Administração Pública.

I. Princípios da Administração Pública

Deve a Administração estar sempre de acordo com as exigências e imposições normativas e, sobretudo, em conformidade com os princípios que lhes são impostos pela ordem jurídica, já que não gere, não dispõe de coisa própria, mas de “*Res Publica*”, visando sempre o interesse coletivo, o interesse público. Nesse sentido é que se mostra a necessidade de fiscalização da mesma e, por desdobramento, exsurge, com extrema relevância, o controle da Administração Pública. Como ele nasce exatamente para assegurar a efetividade, a legalidade e a legitimidade da atuação administrativa, destoando ela dos preceitos estipulados legalmente, necessárias se fazem a fiscalização e a correção de sua atividade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Sendo o direito administrativo de elaboração pretoriana e não codificada, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à

Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração³.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao elencar, no caput do artigo 37, embora também estejam referenciados em outros dispositivos constitucionais, alguns dos princípios administrativos que devem obediência à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. São eles: Princípio da legalidade; Princípio da impessoalidade; Princípio da moralidade administrativa; Princípio da publicidade e Princípio da eficiência. Além desses, existem outros implicitamente agregados ao regramento constitucional da Administração Pública, tais como: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; princípio da finalidade; princípio da razoabilidade; princípio da proporcionalidade; princípio da motivação, os quais passarão a ser examinados a seguir.

O princípio da legalidade (inciso II, do Art. 5º da Constituição Federal) preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal princípio aparece como uma garantia para os administrados, pois qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se amparado em lei, em sua acepção ampla. Ele representa uma limitação para a atuação administrativa, que se apresenta como o exercício de um poder previamente atribuído pela lei e por ela delimitado. Com propriedade, acentua Alexandre de Moraes que:

Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.⁴

O Princípio da Impessoalidade deve ser aplicado sob duas perspectivas: uma que determina que a Administração não deve dispensar tratamento diferenciado aos cidadãos, nem para favorecer nem prejudicar. Neste sentido, o professor Diógenes Gasparini, em interessante estudo sobre a matéria, leciona que:

A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem a determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao Poder Público este princípio. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação.⁵

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 67.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6ª Ed. atualizada até a EC nº. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 816.

⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

Na segunda perspectiva, o administrador público deve gerir a Administração Pública sem promoção pessoal, ou seja, os atos realizados pela Administração Pública ou por ela delegados devem ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realizou, e ainda, destinados à coletividade, sem considerações, para fins de privilégio ou da imposição de situações restritivas das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Em síntese, segundo o doutrinador José Afonso da Silva “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade em nome do qual age o funcionário”.⁶

De acordo com o princípio da moralidade administrativa, expresso na Constituição Federal/88, todos os atos da Administração devem seguir determinados preceitos éticos, cuja violação implicará ilicitude do ato em questão. O atendimento a esse princípio constitui-se, portanto, em pressuposto de validade dos atos administrativos.

Concatenando todo o fundamento da necessidade de seguir aos preceitos da moralidade, explicita Maria Silva Zanella Di Peitro, textualmente:

Sempre que se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, o princípio de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁷

Pode-se afirmar, assim, que o princípio da moralidade administrativa está umbilicalmente ligado à ideia de probidade, obrigação inerente ao administrador público na busca do fim colimado pela Administração, qual seja, satisfazer o interesse da coletividade. Assim, a consequência do desrespeito à moralidade não está restrito apenas à exigência de invalidação do ato administrativo eivado deste vício, mas também na imposição ao agente público responsável das punições previstas no âmbito administrativo, a exemplo da suspensão dos direitos políticos, bem como na esfera cível e penal.

O princípio da publicidade é inerente ao Estado Democrático de Direito. Fundamenta-se na necessidade de transparência da atuação administrativa, que deverá prestar informações aos administrados de seus atos, como forma de garantir a segurança jurídica das pessoas que compõem a coletividade no que concerne aos seus direitos. O sigilo, de acordo com a Carta Magna, somente é justificável nos casos em que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII). Nesses casos pode ser afastada a publicidade, mas tal atitude

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2003. p. 647.

⁷ DI PIETRO, 2004, p.83.

deve ser muito bem justificada e tomada nos estritos limites em que seja configurada a necessidade.

Destarte, com a constitucionalização de tal princípio impõe-se à Administração pública o dever de ampla divulgação dos atos administrativos, permitindo, com isso, o controle interno e externo da atuação administrativa. De acordo com art. 2º da Lei 9784/99, parágrafo único, nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: “(...) *divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na CF*”.

O princípio da eficiência introduzido pela Emenda Constitucional nº19/98 (conhecida como “Emenda da reforma administrativa”), passou a integrar o caput do art. 37 da Constituição Federal. A partir deste preceito legal, o administrador ao exercer o seu ofício, com o objetivo de alcançar a finalidade pública, deve fazê-la da forma mais proficiente possível, sendo que a boa gestão da coisa pública é requisito indispensável ao desempenho de qualquer função administrativa.

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro elenca dois aspectos concernentes ao mandamento em tela:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.⁸

É sabido que o princípio da supremacia do interesse público é a pedra fundamental de todo o direito público, principalmente do direito administrativo.

Bandeira de Mello, com relação ao princípio, ensina que:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecido no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem sócia estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁹

Cuida-se, na realidade, de verdadeiro sobre ou super princípio. Ele atua como mandamento imperativo, já que no regime jurídico administrativo, os princípios têm força de lei, tendo alguns doutrinadores aduzido que o desrespeito a eles é mais pernicioso do que o não

⁸ DI PIETRO, 2004, p. 83.

⁹ MELLO, 2004, p. 60.

atendimento às Leis, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello. Há a necessidade de o administrador, sempre, dar referência, saliência e maior importância ao interesse público, especialmente nos casos em que este cotejar-se com o interesse privado.

A Administração, na gestão de coisa de todos, não pode dispor desta, já que ela tem sempre que voltar-se para a consecução da finalidade pública, finalidade que é oriunda da Lei, e aí exsurge a estreita relação entre o princípio em voga e o da legalidade. É óbvio que, se a Administração trata a coisa pública e tal coisa é de posse do povo, somente ele é quem pode dizer o que deve e não ser feito com ela, sendo essa deliberação manifestada na Lei.

Acrescenta o retro citado doutrinador que:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, sendo condição de sua existência (...). O princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.¹⁰

Esta supremacia é posta como condição *sine qua non* da existência de qualquer sociedade, uma vez que ela é a finalidade da vida em conjunto.

Apesar da indubitável importância deste princípio, ele não está previsto expressamente no texto constitucional, o que de forma alguma ofusca a sua aplicabilidade, já que a supremacia do interesse público sobre o privado é claramente perceptível em inúmeros dispositivos da lei maior, bem como, na legislação infraconstitucional. Pode-se afirmar que o princípio da supremacia do interesse público encontra-se expressamente previsto no artigo 2º da Lei 9784/99, sendo especificado no parágrafo único, inciso II, como a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada à renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

Por força do preceito legal em análise, que é o Princípio da Finalidade, a Administração tem o dever de, na prática de seus atos, visar sempre o cumprimento do que a lei determina. Nesta linha de pensamento, prega Bandeira de Mello:

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois, corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí porque os atos incursos neste vício –

¹⁰ *Ibid.* p. 87.

denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei.¹¹

Apesar de não estar mencionado no caput do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como princípio autônomo do regime jurídico administrativo.

Cármem Lúcia Antunes Rocha entende por razoabilidade administrativa:

A existência, na conduta administrativa, de uma razão suficiente, justa e adequada, fundada em norma jurídica e amparada em uma necessidade social específica, que identifique a validade de determinada prática estatal.

¹²

O princípio da proporcionalidade enuncia a ideia de que deve haver uma adequada relação entre os meios adotados pela Administração Pública e os fins, impedindo o estabelecimento de obrigações, restrições e sanções em medida aquém daquelas estritamente necessárias ao cumprimento da finalidade de interesse público a que estão subordinadas. Não deve o administrador ampliar ou restringir desproporcionalmente o seu atuar, já que agindo dessa forma fere, frontalmente, a legalidade do ato, podendo, ser passível de invalidação pelo Judiciário quando provocado.

Tratando de tal assunto, o multicitado doutrinador Bandeira de Mello, esclarece:

Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada nesse fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a Submissão da Administração ao cânone da legalidade.¹³

Consagrado pela Doutrina e Jurisprudência, embora não inserido de forma explícita na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, o princípio da motivação preconiza que esta deve expor os fundamentos de fato e de direito em suas decisões, justificando, com isso, a sua ação administrativa. É considerado um dos princípios mais importantes, haja vista que, sem a devida motivação, não há o devido processo legal, pois a

¹¹ *Ibid.* p. 97.

¹² ROCHA, 1994, p. 21;

¹³ MELLO, 2004. p. 101.

fundamentação surge como instrumento interpretativo da decisão que levou à prática do ato impugnado, sendo verdadeiro meio para viabilizar o controle da legalidade dos atos administrativos, seja pela própria administração, seja pelo Poder Judiciário quando acionado.

Em relação à necessidade de motivação dos atos administrativos vinculados e dos atos discricionários, a doutrina é convergente quanto à obrigatoriedade dos primeiros. Todavia, outrora ela divergia quanto à necessidade em relação aos atos discricionários.

Nesse aspecto, Cretella Júnior lecionou que:

O ato administrativo discricionário é insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário quanto aos motivos, não havendo o dever de motivar, mas, uma vez motivado, o ato submete-se à apreciação judicial: em suma, tratando-se de ato discricionário, a motivação é dispensável. No entanto, se o administrador motiva o ato, o motivo deve conformar-se com a lei, porque, do contrário, a motivação ilegal, eivada de abuso, excesso ou desvio de poder, torna o ato discricionário suscetível de revisão judicial.

14

Assim, tecidas tais considerações, pode-se afirmar que os atos administrativos, vinculados ou discricionários, devem ser sempre motivados, sendo, porém, a motivação mais relevante e indispensável nos casos de atos discricionários, tendo em vista a necessidade de reduzir a possibilidade de serem tomadas medidas arbitrárias. Além disso, ao lado do princípio da publicidade, a motivação tem como fim primevo assegurar a efetiva participação da sociedade no controle da juridicidade dos atos provenientes da Administração Pública que, quando praticados sem a necessária motivação, implicam sua invalidação judicial.

II. Discricionariedade nos atos administrativos

Em verdade, perfazem o mérito do ato administrativo o motivo e o objeto do ato administrativo. Estes elementos (motivo e objeto) é que, nos chamados atos discricionários, são efetivamente discricionários, sendo que, no que toca respeito aos mesmos, e não havendo ilegalidade ou falta de razoabilidade, suas análises ficam restritas à Administração Pública. Somente nos casos em que esses elementos que perfazem o mérito do ato administrativo forem ilegais ou desproporcionais ou não pautados em critérios razoáveis, é que poderão ser objeto de análise pelo Poder Judiciário. Todavia, é importante assinalar que nem todos os elementos do denominado “ato discricionário” são realmente discricionários. Mesmo nos atos discricionários os elementos: sujeito, forma e finalidade são vinculados e, portanto, sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

¹⁴ CRETELLA, José Júnior. **Controle Jurisdicional do ato administrativo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156.

A discricionariedade é relativa no sentido de que, por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consonante com a busca da finalidade legal em vista da qual foi atribuída a competência. Logo, seja qual for a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, sob pena de configurar “desvio de poder”, nem tampouco poderá o administrador desviar-se das razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra *sub* execução, sob pena de também incidir no mencionado vício. A discricionariedade é relativa, também, no sentido de que, ainda quando a lei haja em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, tal liberdade poderá esmaecer ou até esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra.

A lei, como é óbvio, almeja a adoção do comportamento capaz de atender o interesse público da maneira mais satisfatória. Ora, se a norma de direito sempre tipificasse em termos rígidos a conduta do administrador, inibindo-o de avaliar e tomar em conta a particularidade das situações ao ser aplicada, dada a variedade e compostura polifacética da realidade impírica, em vez de bem acudir aos interesses e finalidades pretendidos, resultaria em desatendimento ou mau atendimento deles. Assim, exatamente por pretender a solução adequada para a circunstância, é que a lei, nas hipóteses em que comporta discricionariedade, está redigida em termos aptos a conferir ao administrador o encargo de apurar o modo correto de implementar o escopo legal.

No que concerne aos processos licitatórios, a atuação da Comissão de Licitação, bem como dos Pregoeiros deve ser pautada nos preceitos legais, especialmente nas Leis 9.433/05 e 8.666/93. Ademais, é sabido que o edital torna-se a “lei da licitação”, contudo, o mesmo deve seguir rigorosamente o que preceitua as supracitadas leis. Ainda neste sentido, justamente por se buscar “o melhor” para a Administração Pública, bem como para garantir a “melhor proposta ou serviço”, a discricionariedade se resumiria à forma de condução do certame, uma vez que todos os demais atos seriam vinculados.

III. Controle nos atos administrativos

A Administração Pública atua por meio de seus órgãos e seus agentes, os quais são incumbidos do exercício das funções públicas, ou seja, da atividade administrativa. A função administrativa existe nos três poderes, sendo que é exercida tipicamente pelo Poder Executivo e atipicamente pelos demais poderes (Poder Legislativo e Poder Judiciário).

Cabe ao Poder Executivo, como função típica, administrar o Estado, cuja forma de governo é uma República (art. 1º da CF). República quer dizer coisa pública, ou seja, a “administração pública – sentido operacional” feita pelo Poder Executivo, que nada mais é do que administrar algo alheio, de toda a sociedade, e é por isso que a Constituição Federal expressamente enuncia que “todo poder emana do povo”. Contudo, em nosso sistema não é o povo que diretamente administra o Estado, razão pela qual escolhe seus representantes, que irão representá-lo no parlamento e editar as normas que os agentes públicos, como administradores, deverão aplicar para alcançar o pretendido e inafastável interesse da coletividade, interesse público.

Todavia, no manejo dos instrumentos à busca do interesse público, no gozo e uso dos poderes que são atribuídos aos agentes públicos para alcançar esses fins, podem os mesmos ultrapassar os limites legais e se acometer em abusos e ilegalidades. Por tal razão, tornam-se necessários fiscalização (preventiva) e controle dos atos da Administração Pública. Neste passo, podemos conceituar controle como o conjunto de mecanismos jurídicos para a correção e fiscalização das atividades da Administração Pública.

O Controle interno é aquele feito por órgãos da própria Administração Pública, podendo ser hierárquico ou tutelar. O controle hierárquico é feito dentro de uma estrutura administrativa hierarquizada, portanto, pressupõe, via de regra, desconcentração administrativa. Já o controle tutelar, também chamado de Supervisão Ministerial, é feito também em âmbito administrativo, todavia, por outra pessoa jurídica distinta daquela donde precede o ato. Em verdade, não é um controle hierárquico, pois não há hierarquia entre as pessoas jurídicas distintas, mas apenas um controle finalístico da controlada. Por isso, quando cabível recurso da pessoa controlada para a controladora, o mesmo é chamado de recurso hierárquico impróprio. Como já dito, no caso da UESB o controle interno se daria pela emissão de parecer jurídico da Procuradoria Jurídica, especialmente no que concerne aos processos licitatórios.

Controle externo é aquele feito por estrutura diversificada, como, por exemplo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. A Administração Pública se manifesta por diversos atos (atos da Administração), dos quais uma das espécies é o ato administrativo. O ato administrativo possui 5 (cinco) elementos, quais sejam: sujeito competente, forma, objeto, finalidade e motivo. Quando o ato for vinculado, não há qualquer margem de discricionariedade para o agente administrativo praticar o ato, sendo que as razões, a forma, a finalidade a ser alcançada e o agente incumbido de praticar o ato já estão devidamente descritos na lei, sendo vedada qualquer alteração por parte do agente.

Vale lembrar que, o controle exercido por órgãos alheios à Administração seria o controle externo. No que concerne ao controle externo, aquele controle exercido por órgãos alheios à Administração Pública, tem-se o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas – que auxilia o Poder Legislativo – e o controle jurisdicional ou judicial, exercido pelo Poder Judiciário. Mais uma vez, no caso da UESB, o controle externo basicamente é exercido pelo Tribunal de Contas do Estado da Bahia – TCE/BA.

Registre-se, por oportuno, as inolvidáveis lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2004, p.511), que, com penas de ouro, assinala que “A lei, todavia, em certos casos, regula certa situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseqüente, que o ato a ser expedido é vinculado”.

Nestes termos, basta fazer uma fácil análise de comparação entre a lei e o ato administrativo, de sorte que, se algum de seus elementos estiver em desacordo com a Lei, tem-se que o ato é ilegal e, por isso, sujeito à correção, seja pela Administração Pública, que poderá fazê-lo de ofício ou a requerimento, por meio da interposição de recursos cabíveis, seja pelo Poder Judiciário, sempre por requerimento da parte interessada, dado o fato que uma das qualidades da jurisdição é a inércia.

Somente haverá controle de mérito nos atos administrativos discricionários, visto que, nos ditos atos vinculados, a oportunidade e a conveniência inexistem em razão da estrita observância da lei em todos os aspectos do ato administrativo. É sabido de todos que o mérito do ato administrativo nada mais é que a opção tomada pelo administrador em um caso concreto na incessante busca de um interesse público, opção esta lastreada em critérios de conveniência e oportunidade.

A seguir, vejamos o procedimento prático adotado na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

IV. Controle interno nos processos licitatórios da UESB

Os sistemas de controle interno são de caráter preventivo, uma vez que oferecem ao gestor público a tranquilidade de estar informado da legalidade dos atos que estão sendo

praticados na gestão, possibilitando a correção dos desvios e, além disso, contribui para evitar, na maioria das vezes, a punição dos gestores públicos. Com tal entendimento, é certo que os administradores públicos devem tecer mais valor ao controle interno, principalmente porque eles não podem pessoalmente supervisionar as atividades, as normas e os procedimentos de todos os processos licitatórios que são realizados na sua gestão.

As dispensas de licitações estão amparadas pelas Leis 8.666/93 e 9.433/2005, que estabelecem diversas exceções às regras das Licitações Públicas, dentre elas destaca-se as situações previstas pelos incisos I e II, que estabelecem limites de valores para realização das despesas. Essa possibilidade de discricionariedade da referida Lei permite ao administrador decidir quanto à realização da contratação por meio de dispensa com base no limite de valor. Essa flexibilidade legal pode vir a proporcionar uma possibilidade de fraude, tendo em vista seus aspectos simplificados, na intenção do desvio de recursos públicos.

À luz da legislação (a lei 8666/93 em seu art. 24), é dispensável a licitação, verbis, “I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a” do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente”; “II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a do inciso II do artigo anterior, e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez”.

Assim, essas seriam umas das principais hipóteses onde o administrador público se utiliza da força da Lei e da discricionariedade, para a prática do desvio de recursos e para deixar de cumprir alguns procedimentos básicos como: a necessidade de processo físico (papel), a pesquisa de preços de mercado, o projeto básico que caracterize o que se deseja comprar ou contratar, e a análise e manifestação jurídica. Assim, é possível que a rotina da realização das dispensas de licitações torne-se viciada e, por consequência, realizada de má fé, sobretudo por não atender aos princípios da administração pública e ainda em face da omissão dos gestores, no que concerne à necessidade de maior cuidado e zelo com a coisa pública e efetividade e eficácia em seus atos.

Neste caso, cabe à administração pública, por meio do controle interno, identificar e cobrar da área competente a maneira correta do procedimento a ser realizado. Assim, conforme preconiza o art. 26 da Lei das Licitações, a inexistência dos processos físicos, compostos no mínimo pela justificativa da dispensa ou inexigibilidade, pela ratificação da despesa por parte da

autoridade superior e pela publicação em imprensa oficial, implica na ineficácia do ato, provocando, portanto, uma despesa gerada sem sua devida justificativa, podendo caracterizar tal ato como improbidade administrativa por parte do gestor.

Dentro da esfera de procedimentos administrativos, a licitação constitui-se hoje um dos instrumentos primordiais na garantia de aplicação do dinheiro público, pois visa o controle de seus gastos, com base na escolha da melhor proposta, quando da necessidade de contratação pela Administração Pública, além de garantir certa paridade competitiva entre os possíveis contratados. Para Di Pietro (2001), a licitação seria: Uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta caberá escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.

Caberá também ao responsável pelo controle interno atribuir atividades de análise, recebimento, acompanhamento e controle dos bens e serviços públicos contratados, com o objetivo de evitar desvios, implicando dizer que a ocorrência de erros e procedimentos ilegais ou fraudulentos serão evitados, e, caso ocorram, serão detectados e passíveis de correção em tempo hábil pelas pessoas que fazem o controle interno.

Segundo Deschamps (2007, apud BLEIL et al. 2011), a implantação do sistema de controle interno proporcionará à administração a diminuição dos níveis de corrupção, melhoria da qualidade dos serviços públicos, atendimento dos princípios constitucionais nos atos administrativos, consolidação e fortalecimento de uma estrutura funcional menos vulnerável às transições de governo, efetivo apoio à fiscalização do controle externo, elevação da confiança e credibilidade da sociedade, proteção dos agentes políticos contra atos de improbidade administrativa e valorização política dos administradores.

Diante disso, o controle interno nos processos licitatórios da UESB se dá mediante a necessária intervenção da Procuradoria Jurídica da própria instituição. Assim, quando qualquer edital vai ser publicado, o mesmo é remetido para a Procuradoria Jurídica para análise e consequente emissão de parecer, observando-se, logicamente a adequação dos referidos editais aos preceitos legais.

V. Controle externo nos processos licitatórios da UESB

O Tribunal de Contas, Órgão de controle externo competente para realizar inspeções, auditorias e exames nas contas públicas, além de exercer seu poder de sanção ao apreciar as contas públicas, age preventivamente, desempenhando seu papel pedagógico e contribuindo para a correta gestão do erário, ao proceder auditorias concomitantes, oferecendo sugestões e recomendações com vistas à correção de ações ainda em curso, atuando com imparcialidade, independência, sempre garantindo a ampla defesa e o contraditório, dentre outros direitos.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, vincula a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao princípio da licitação, tratando sua dispensabilidade e inexigibilidade como exceções, e remetendo seu regramento ao legislador ordinário. Ao regulamentar o dispositivo constitucional supracitado, a Lei Federal nº 8.666/1993, instituto jurídico das licitações e contratos administrativos, em seu art. 113, estabelece que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela referida norma será efetuado pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da CF.

Com redação dada pela Lei nº 8.883/1994, o § 2º do referido artigo outorga aos Tribunais de Contas o direito de solicitar para exame cópia do edital de licitação publicada, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, obrigando órgãos ou entidades da Administração à adoção de medidas corretivas pertinentes, que lhe forem determinadas em função desse exame.

A Constituição Estadual, em seu art. 26, estabelece o procedimento licitatório como requisito obrigatório para a contratação de obra, serviço, compra e alienação; e em seu art.91, inciso VI, atribui ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia a competência originária para apreciar legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade dos procedimentos licitatórios, dentre outros, de responsabilidade do Estado, por qualquer dos seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta; referido preceito foi disciplinado pela Lei Complementar Estadual nº 05/1991, em seu art. 1º, inciso VI. A Lei Estadual nº 4.660/1986, em seu art. 124, atribui ao TCE o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por aquela norma.

Já o Regimento Interno do Tribunal, visando a uma ação preventiva, estabelece o encaminhamento dos editais de licitação nos limites estabelecidos para as modalidades de tomada de preços e concorrência relativos a compras e serviços, e na modalidade de concorrência pública para contratação de obras, para exame individual de suas peças (art. 152, parágrafo único).

No exercício do seu mister, deve o auditor, além dos aspectos formais, proceder ao exame de seu objeto em face da legislação aplicável; o interesse público e a oportunidade de sua celebração; a conformidade dos valores estipulados com aqueles praticados no mercado, tendo em vista, inclusive, qualidade e quantidade, como prevê o art.153 da norma regimental.

A Resolução Regimental nº 012/1993 do TCE autoriza a apreciação dos referidos termos por amostragem, desde que não seja possível em sua totalidade, devendo ser considerado critério para a seleção da amostra, a vinculação das licitações aos programas governamentais prioritários, à luz dos outros estabelecidos no art. 50, § 1º dessa Resolução, ou seja: volume de investimentos; repercussão sobre a economia e sua utilidade social; área geográfica abrangida e segmentos sociais atendidos; relação custo/benefício; cronograma de execução e efeitos sobre o perfil da dívida pública; sua conexão com outros programas governamentais; e a existência de gestores identificados como responsáveis pela execução de diversos programas. É o que determina o art.66 da Resolução Regimental nº 012/1993 do TCE precitada, que, em seu parágrafo único, também prevê que, na realização da amostragem, seja indicada a totalidade das licitações, contratos, convênios e congêneres, respectivos números e critérios adotados para a escolha da amostra.

No tocante ao exame dos processos de licitação a posteriori, o art. 69 da citada Resolução apresenta o elenco de peças a serem especialmente examinadas pelo auditor, que se encontra apresentado de forma detalhada em capítulo específico deste trabalho. Em seu art.69, §3º, a Resolução prevê o cadastramento das licitações e contratos, para o qual devem servir de base, principalmente, as publicações no Diário Oficial e nos órgãos de imprensa; levantamentos efetuados nos órgãos e entidades da administração direta e indireta; informações computadorizadas; bem como de outros elementos que lhe sejam remetidos ou mantidos à sua disposição pelo sistema de controle interno.

O exaustivo elenco de normas disciplinadoras da matéria remete ao TCE e ao seu corpo técnico uma responsabilidade ímpar no controle das despesas públicas, cujo início, inquestionavelmente, dá-se a partir do procedimento licitatório, que uma vez mal planejado, poderá macular todo o processo de aquisição e alienação de bens e serviços, por parte do Estado.

Dessa maneira, anualmente os auditores do TCE/BA deslocam-se para a UESB e, por amostragem, analisam alguns processos licitatórios que ocorreram naquele ano, verificando todos os documentos, fases e procedimentos adotados até a publicação da homologação pela autoridade superior competente, no caso o Reitor. Ademais, também anualmente, a UESB emite relatório detalhado de todas as licitações, bem como de todas as dispensas, enviando-o ao TCE/BA para análise e parecer.

Por fim, vale ressaltar que caso haja alguma irregularidade nos processos licitatórios ou nas dispensas, a UESB é notificada, podendo ser emitida apenas uma advertência para que tal equívoco seja solucionado ou não volte a se repetir, bem como, caso seja algo mais complexo, pode haver a reprovação das contas da UESB e uma possível apuração das responsabilidades pela irregularidade apontada.

Considerações Finais

A miscelânea de ideias defendidas pela doutrina e pela jurisprudência sobre o tema tratado, fruto das pesquisas e leituras engendradas, não permite outra inferência senão a de que os tempos atuais reclamam maior atenção quanto aos controles interno e externo dos atos administrativos, especialmente nos processos licitatórios.

Como norma superior, é cediço que a Constituição irradia os já citados princípios que deverão nortear todo o sistema jurídico de um Estado de maneira que, atualmente, os textos constitucionais são caminhos, direções, que o Administrador Público deve seguir, no sentido de garantir a efetividade de uma boa gestão pública. Esta se mostra como um grande celeiro de princípios que balizarão todas as atividades da Administração Pública, devendo todo e qualquer ato administrativo a ela se submeter, sob pena de perder sua validade sob o aspecto de ato jurídico.

A Constituição, portanto, não se mostra como mera linha de direção, ou como indicativo, revestindo-se, dentre outras características, de coercibilidade. Ela, mais que qualquer outro diploma legal, precisa ser seguida de maneira exata, sendo um mister da Administração cumpri-la em sua integridade.

Dessa forma, os princípios da Administração Pública reforçam a garantia de uma gestão proba, transparente, onde os detentores do poder devem buscar abalizamento para a prática de seus atos, não só os administrativos, mas todos que forem executados com o intuito de satisfazer

o interesse público, o interesse da vontade geral, sem esquecer o respeito aos interesses particulares. É na Constituição que todo e qualquer ato deve buscar sua validade, de maneira que, de certa forma, os princípios elencados em seu artigo 37 e demais implicitamente encontrados, restringem a liberdade do administrador, já que os atos por ele praticados encontram limites na Constituição, não podendo estar sob uma consideração superior a esta, sob pena de menosprezar a marca indelével do Estado Democrático de Direito.

A Constituição, como norma suprema, exige que todos os atos administrativos sejam com ela condizentes, não podendo estes se desvincularem dos limites e princípios da Carta Maior, sob pena de serem invalidados. Assim, juntando-se à legislação vigente (Leis 9.433/05 e 8.666/93), os atos praticados nos processos licitatórios têm que estar vinculados às normas vigentes, mas a discricionariedade pode ser invocada, dentro destes citados preceitos legais, para se chegar ao fim desejado, que é justamente a supremacia do interesse público sobre o privado, almejando a melhor proposta ou serviço fornecidos aos órgãos públicos, no caso específico à Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

Não se pode, porém, fazer a opção pela limitação desenfreada da discricionariedade administrativa, a qual, se devidamente utilizada, é de suma importância para uma gestão séria e de qualidade. Deve-se, pelo contrário, ser preservada e mantida. Somente quando desrespeitar ou destoar do ordenamento jurídico ela deve ser prudentemente rechaçada pelos agentes públicos.

Dessa forma, resta cristalina a importância dos controles interno e externo nos processos licitatórios, visto que, uma vez mal planejado o procedimento licitatório, poder-se-á macular todo o processo de aquisição e alienação de bens e serviços, por parte dos órgãos públicos, bem como, no caso específico, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999;
- CRETELLA, José Júnior. **Controle Jurisdicional do ato administrativo**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7258>>. Acesso em: 24 de abril 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2003;
- FAGUNDES. M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Terceira edição (atualizada). Ed. Revista Forense. Rio de Janeiro: 1957;

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª Ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004;

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Recebido em: 09/05/2022.
Aprovado em: 19/10/2022.