

Vol 6 Issue 6 March 2017

ISSN No : 2249-894X

---

*Monthly Multidisciplinary  
Research Journal*

*Review Of  
Research Journal*

Chief Editors

---

**Ashok Yakkaldevi**  
A R Burla College, India

**Ecaterina Patrascu**  
Spiru Haret University, Bucharest

**Kamani Perera**  
Regional Centre For Strategic Studies,  
Sri Lanka

Review Of Research Journal is a multidisciplinary research journal, published monthly in English, Hindi & Marathi Language. All research papers submitted to the journal will be double - blind peer reviewed referred by members of the editorial Board readers will include investigator in universities, research institutes government and industry with research interest in the general subjects.

### Regional Editor

Dr. T. Manichander

### Advisory Board

Kamani Perera Regional Centre For Strategic Studies, Sri Lanka	Delia Serbescu Spiru Haret University, Bucharest, Romania	Mabel Miao Center for China and Globalization, China
Ecaterina Patrascu Spiru Haret University, Bucharest	Xiaohua Yang University of San Francisco, San Francisco	Ruth Wolf University Walla, Israel
Fabricio Moraes de Almeida Federal University of Rondonia, Brazil	Karina Xavier Massachusetts Institute of Technology (MIT), USA	Jie Hao University of Sydney, Australia
Anna Maria Constantinovici AL. I. Cuza University, Romania	May Hongmei Gao Kennesaw State University, USA	Pei-Shan Kao Andrea University of Essex, United Kingdom
Romona Mihaila Spiru Haret University, Romania	Marc Fetscherin Rollins College, USA	Loredana Bosca Spiru Haret University, Romania
	Liu Chen Beijing Foreign Studies University, China	Ilie Pinteau Spiru Haret University, Romania
Mahdi Moharrampour Islamic Azad University buinzahra Branch, Qazvin, Iran	Nimita Khanna Director, Isara Institute of Management, New Delhi	Govind P. Shinde Bharati Vidyapeeth School of Distance Education Center, Navi Mumbai
Titus Pop PhD, Partium Christian University, Oradea, Romania	Salve R. N. Department of Sociology, Shivaji University, Kolhapur	Sonal Singh Vikram University, Ujjain
J. K. VIJAYAKUMAR King Abdullah University of Science & Technology, Saudi Arabia.	P. Malyadri Government Degree College, Tandur, A.P.	Jayashree Patil-Dake MBA Department of Badruka College Commerce and Arts Post Graduate Centre (BCCAPGC), Kachiguda, Hyderabad
George - Calin SERITAN Postdoctoral Researcher Faculty of Philosophy and Socio-Political Sciences Al. I. Cuza University, Iasi	S. D. Sindkhedkar PSGVP Mandal's Arts, Science and Commerce College, Shahada [ M.S. ]	Maj. Dr. S. Bakhtiar Choudhary Director, Hyderabad AP India.
REZA KAFIPOUR Shiraz University of Medical Sciences Shiraz, Iran	Anurag Misra DBS College, Kanpur	AR. SARAVANAKUMARALAGAPPA UNIVERSITY, KARAIKUDI, TN
Rajendra Shendge Director, B.C.U.D. Solapur University, Solapur	C. D. Balaji Panimalar Engineering College, Chennai	V.MAHALAKSHMI Dean, Panimalar Engineering College
	Bhavana vivek patole PhD, Elphinstone college mumbai-32	S.KANNAN Ph.D , Annamalai University
	Awadhesh Kumar Shirotriya Secretary, Play India Play (Trust), Meerut (U.P.)	Kanwar Dinesh Singh Dept.English, Government Postgraduate College , solan

More.....



## THE REGULATORY POWER CONFERRED ON THE ACCOUNTS COURT OF RONDONIA STATE AS USE ELECTRONIC TRADING SESSIONS ON PUBLIC BIDDING

Victor de Almeida Conselvan<sup>1</sup> and Daniela Barreto da Silva<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino – IPE. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Professor da Fundação Universidade Federal de Rondônia.

<sup>2</sup>Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

### ABSTRACT

**T**he Court of Accounts of the State of Rondonia is a component that is supported directly by the Federal Constitution of 1988. This is a supervisory body, which operates in such a way as to assist the external control exercised by the legislature. The Cortes of Accounts were assigned various responsibilities, within the limits imposed constitutionally. However, there are shortcomings related to the area of coverage of the normative power

that offers the performance of the functions of the Courts of Accounts, including within the framework of the state of Rondonia. The subject matter includes the discussion about the interference of the Court of Accounts of this state on the choice of trading for the achievement of public bids.

**KEYWORDS:** Court of Accounts. External control. Normative power.

### RESUMO

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia é um órgão que encontra respaldo diretamente na Constituição Federal de 1988. Trata-se de um órgão de fiscalização, que atua de forma a auxiliar o controle externo exercido pelo Poder Legislativo. Às Cortes de Contas foram atribuídas diversas competências, dentro dos limites impostos constitucionalmente. Entretanto, existem lacunas relacionadas ao espaço de abrangência do poder normativo que albergam o desempenho das funções dos Tribunais de Contas, inclusive no âmbito do estado de Rondônia. A temática abordada inclui, máxime, o debate sobre a ingerência da Corte de Contas deste estado sobre a escolha do pregão para a realização de licitações públicas.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas. Controle externo. Poder normativo.

### INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia é um órgão que atua de forma a auxiliar o Poder Legislativo no tocante ao exercício do controle financeiro, orçamentário, contábil, operacional e patrimonial dos demais órgãos que compõem a estrutura do estado. Encontra-se respaldado sobre as disposições emanadas dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, que tratam da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.



Serão abordados, principalmente, os aspectos relacionados à amplitude da normatividade conferida ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, partindo-se da análise de instrumentos normativos editados por esse órgão que, por sua natureza, comprometem a independência dos demais Poderes, sobretudo o Executivo, quando do desenvolvimento de sua função típica, que é administrar. Busca-se investigar se os parâmetros para o exercício do poder fiscalizatório estão, de fato, sendo respeitados pela Corte de Contas deste estado.

Outrossim, o estudo recairá sobre a análise do instituto licitatório do pregão, as hodiernas tendências que lhe envolvem e sua relação com os poderes conferidos ao gestor quando da escolha da melhor modalidade a ser adotada, considerando-se a necessidade de se atingir o interesse público.

Por fim, confrontar-se-ão os dados obtidos, no que toca às características inerentes ao Tribunal de Contas, à sua localização na teoria da separação dos poderes, ao paralelo existente entre o poder vinculado e o poder discricionário conferidos ao administrador público e, derradeiramente, às licitações públicas, os princípios que as respaldam e a escolha pelo pregão, festejado, hodiernamente, como a modalidade que melhor atende ao interesse público, considerando-se, ainda, o Decreto n. 5.450/2005 e a Súmula n. 6/TCE-RO, sendo que ambos prescrevem a preferência pela utilização do pregão em sua forma eletrônica, quando da realização de licitações pelo Poder Público.

## 1. DO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas é um órgão que encontra previsão no artigo 73 da Constituição Federal, que trata, especificamente, do Tribunal de Contas da União. Consoante disposição da Carta Política de 1988, tal órgão é formado por nove Ministros, que devem ser nomeados dentre brasileiros que preencham os requisitos legais, assim sendo, os que tenham mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, possuam idoneidade e reputação ilibada, detenham de patentes conhecimentos, alternativamente, nas áreas jurídica, contábil, econômica, financeira ou de administração pública e, por derradeiro, que tenham exercido, por mais de dez anos, função ou efetiva atividade que exija tais conhecimentos.

A escolha dos Ministros, de acordo com o artigo 73, §2º, CF, será feita da seguinte forma: I – um terço pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, após formação de lista tríplice pelo Tribunal, segundo critérios de antiguidade e merecimento; II – dois terços pelo Congresso Nacional.

O Distrito Federal constitui a sede do Tribunal de Contas da União. O seu quadro funcional é formado por pessoal próprio, e sua jurisdição atinge todo o território nacional. De igual modo, os Ministros do Tribunal de Contas da União dispõem das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

As funções atinentes ao exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União, juntamente com o Congresso Nacional, estão elencadas no rol descrito no artigo 71 da Constituição Federal de 1988. Sua função precípua do Tribunal de Contas é fiscalizar, sob o respaldo do princípio da legalidade e, ainda, julgar questões que estejam sob o manto de sua competência privativa. Sopesa-se que as Cortes de Contas apreciam os atos que estejam sob sua jurisdição a partir da economicidade e da legitimidade, como forma de auferir a legalidade dos precitados atos.

No que toca às prerrogativas conferidas ao Tribunal de Contas, tem-se que: “No Brasil, a Carta Política de 1988 instituiu o Tribunal de Contas da União, como padrão para os órgãos congêneres estaduais e municipais (art. 75), gozando das mesmas prerrogativas de autonomia constitucional asseguradas aos tribunais do Judiciário (art. 73, in fine, c/c art. 96) de modo que, de maneira enfática, no elenco de suas atribuições constitucionalmente dispostas, satisfaz concomitantemente a todos os critérios que igualmente o identificam e o distinguem como uma das estruturas políticas da soberania, no desempenho de diversas funções de proteção de direitos fundamentais de sede constitucional (CASTRO, 2004, p. 60).”

Em relação ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, este foi criado no dia 31 de janeiro de 1983, por meio do Decreto-Lei Estadual de n. 47, que se encontra, atualmente, regulado pela Lei Complementar n. 41, de 22 de dezembro de 1981. Notadamente, foi constituído sob os liames impostos pelo art. 75 da Constituição Federal, no sentido de que as normas regentes do Tribunal de Contas da União se aplicam, no que couberem, à

organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados [...]. Destaque-se, porém, que no âmbito estadual, as Cortes de Contas são formadas por Conselheiros, no total de sete, e não por Ministros.

O instrumento normativo que regula a composição, a estrutura e o funcionamento do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia é a Lei Complementar n. 154, de 26 de julho de 1996.

## 1.1 DOS LIMITES DE SUA NORMATIVIDADE

Considerando os poderes previamente arrolados e a hodierna atuação do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, sobretudo no que diz respeito à prolação de decisões que ingerem nos atos emanados do Poder Público, e também à edição de súmulas em matéria discricionária, é imperiosa a discussão acerca dos limites de atuação e normatividade desta Corte de Contas, de modo que sejam coligidos elementos que permitam identificar os parâmetros conferidos pela lei e pela Constituição Federal quanto à legalidade e legitimidade no desempenho de suas funções.

### 1.1.1 Jurisdição e competência

Certamente, muitas das controvérsias que envolvem os Tribunais de Contas estão relacionadas ao poder jurisdicional atribuído a este. Sobre a jurisdição, não faltam explicações doutrinárias para esclarecer as suas peculiaridades e os órgãos a que se aplica.

Fernandes (2012, p. 140), alerta para o fato de que, quanto ao instituto da *juris dictio*, “embora normalmente usada para designar atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a Justiça, a ela não se adstringe”. E vai além, pois: “[...] em sentido lato, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie estão incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida a seu conhecimento, mas ainda a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita (FERNANDES, 2012, p. 141).”

A controvérsia acerca dos poderes conferidos ao Tribunal de Contas, inclusive o poder jurisdicional, se deve, a priori, ao fato de que aquele não se enquadra, na esfera de organização dos Poderes, como um órgão judicial, o que possibilita inferir, de plano, que não seria cabível conferir-lhe jurisdição. Entretanto, é interessante obter o pensamento de Fernandes (2012, p. 143), para quem “a jurisdição é uma das funções da soberania, porque de nada adianta dizer o direito aplicável ao caso concreto, se, em sendo necessário tornar efetiva e concreta essa interpretação, o agente encarregado não puder fazê-lo”. Aqui, cabe breve discurso acerca da “teoria dos poderes implícitos”.

Bonavides (2004, p. 474) explica que: “Na execução prática do governo, os agentes da autoridade pública devem fruir de liberdade para exercer os poderes que a Constituição e as leis lhe cometeram. Devem ter uma larga margem discricionária quanto à escolha dos meios; e o único limite a essa esfera de discricionação há de consistir na adequação dos meios ao fim [...]. Se o fim for legítimo e estiver dentro do escopo da Constituição, todos os meios apropriados e claramente ajustados àquele fim, e não proibidos, podem ser constitucionalmente empregados para levá-lo a bom termo.”

É inconcebível que o Estado, ao imputar determinada competência a um ente ou órgão, não lhe conceda os meios necessários para se atingir os fins por ele propostos. É o que ocorre na esfera de atribuições do Tribunal de Contas, que, diante das divergências existentes quanto ao seu poder jurisdicional (ou não), tem o seu limite de atuação cerceado. É nesta senda que se fixa a máxima de que “nenhum axioma no direito ou na razão se acha mais claramente estabelecido que aquele, segundo o qual, onde se pretende o fim se autorizam os meios” (BONAVIDES, 2004, p. 474).

Não se pode deixar de se expor aqui o seguinte excerto, que trata da dimensão da teoria dos poderes implícitos e a proeminência que esta exerce sobre a atividade jurídico-administrativa: “Os poderes implícitos estão para a hermenêutica constitucional assim como a separação dos poderes para a preservação jurídica da liberdade. Ambos representam técnicas essencialmente lógicas e racionais extraídas de uma análise ao poder político, de uma Sociedade que, ao exibir determinada estrutura, já alcançou um certo grau de desenvolvimento institucional (BONAVIDES, 2004, p. 475).”

Feitas tais considerações, a atuação jurisdicional do Tribunal de Contas, apesar de não integrar o Poder Judiciário, propõe-se à apreciação de certas situações que o colocam em uma posição, não raro, conflitante, perante os demais órgãos munidos, por sua própria natureza, do poder jurisdicional.

Para tanto, é interessante partir da leitura do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que, num primeiro momento, leva a crer que somente o Poder Judiciário pode agir na defesa de direitos, quando ameaçados ou efetivamente lesionados. De fato, essa deve ser a interpretação primeira do aludido dispositivo constitucional. Todavia, é necessário ter cautela, considerando o risco de restar caracterizada uma espécie de “monopólio” do Poder Judiciário, no que tange à resolução de questões que também podem ser apreciadas por outros órgãos.

No que atine ao suposto “monopólio” do Poder Judiciário quanto à detenção do poder jurisdicional, atente-se para o fato de que a própria Constituição Federal faz alusão a situações que conduzem ao raciocínio de que a outros órgãos, igualmente, se aplica o poder de “dizer o direito”. Assim o é, por exemplo, quando a Carta Magna outorga ao Senado Federal a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, conforme seu art. 52, I, e, de igual modo, quando confere ao Tribunal de Contas da União o poder de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, a teor do que prescreve o art. 71, II, da Constituição da República.

## 1.2 DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Consoante a Constituição Federal, o Tribunal de Contas é órgão que atua juntamente ao Congresso Nacional, quando da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades que compõem a Administração direta e indireta. Logo, poderia se afirmar que se trata de um órgão pertencente ao Poder Legislativo, dada a sua aparente vinculação às atribuições conferidas ao Congresso Nacional. Entretanto, é necessário o estudo da teoria da tripartição dos poderes, o que proporcionará maior cognição acerca da posição do aludido órgão na estrutura do Estado.

A concepção moderna sobre a organização das funções do Estado sofreu, ao longo dos séculos, grande evolução, pois, ao contrário do que se pensa, a preocupação com a divisão dos poderes conferidos ao Estado teve origem ainda na Antiguidade, que, consoante Dallari (2007, p. 218), se deu a partir da iniciativa de Aristóteles, para quem seria altamente perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder.

Montesquieu contemplou, conforme citado por Dallari (2007, p. 219) o fenômeno da divisão das funções do Estado da maneira como hoje se conhece, “um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições”. Ainda sobre Montesquieu, consta da obra de Dallari (2007, p. 219), que é daquele a assertiva de que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.

Para Dallari (2007, p. 219), a intenção de Montesquieu, em relação à idealização de uma separação dos Poderes tinha o fito de enfraquecer o poder estatal, fixando tal teoria como um elemento dogmático do Estado Moderno, de modo que se afastou, até mesmo, a possibilidade de existência de democracia em tal modelo.

O movimento constitucionalista trouxe consigo a concepção do sistema de freios e contrapesos, tendo em vista o equilíbrio das relações entre as funções do Estado, assim sendo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal proposta dificultou o exercício totalmente independente dos três Poderes.

Sobre a imperiosa necessidade de observação e cumprimento do princípio em voga, e, mais ainda, sobre a limitação que decorre da separação dos poderes, é de extrema valia a lição de Machado (2000, p. 23): “Não se pode admitir que o titular de poderes os exercite sem limites. Isto somente seria razoável se partíssemos do pressuposto de que o titular do poder é isento da falibilidade humana, o que indiscutivelmente não acontece. Muito pelo contrário, quando alguém é investido de poderes, tende a destes abusar, de sorte que a grande missão do Direito reside exatamente no equacionamento do exercício do Poder, de tal modo que o seu titular não possa cometer abusos.”

Atualmente, a teoria da separação dos Poderes assume novos contornos, e sobre estes, congrega Silva

(1999, p. 113): “[...] o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes.”

Portanto, há, na realidade, uma flexibilização sobre a forma como os Poderes se relacionam. O que ocorre é uma mensuração que visa o estabelecimento de um equilíbrio no desempenho de suas funções, numa verdadeira celebração do fenômeno do checks and balances.

No que toca à inconsistência terminológica que considera o Tribunal de Contas como um “auxiliar” do Poder Legislativo, Soares (1996, p. 261) reforça a ideia de que a atividade de julgamento que detém o Tribunal de Contas “é incompatível com a função de mero órgão auxiliar”, no sentido de que o referido órgão “não está prestando auxílio, mas exercendo uma atribuição de julgador, de forma autônoma, em que sua decisão não é submetida ao Congresso Nacional para confirmá-la ou rejeitá-la”.

Tal assertiva permite concluir que, entre o Tribunal de Contas e os órgãos que constituem os demais Poderes, há uma relação de colaboração, consagrando-se, portanto, o primeiro como um ente autônomo. Apesar da autonomia e independência outorgadas ao Tribunal de Contas, não se deve olvidar que a titularidade do controle externo compete ao Poder Legislativo, que o exercerá mediante colaboração daquele.

A necessidade de observância dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal é imperiosa para o adequado funcionamento dos Poderes, ainda que, eventualmente, surjam conflitos de competência. É o princípio federativo que, nesta senda, poderá atuar como arcabouço para a resolução de contendas, contemplando, com isso, a realização da justiça e dos fins máximos propostos pelo Estado Democrático de Direito.

## 2. DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública dispõe de poderes que decorrem diretamente da lei, o que lhe permite desempenhar seus encargos conforme a necessidade de alcance do interesse público e demais objetivos inerentes à atividade administrativa estatal. No desenvolvimento desta, é vedado à Administração ultrapassar os limites impostos pela lei, sob pena de tais atos serem considerados ilegais

Entre os poderes administrativos encontram-se o poder vinculado e o poder discricionário, de modo que este último confere título ao presente tópico.

### 2.1 DO PODER VINCULADO

Antes de adentrar no mérito do poder discricionário, convém fazer breves considerações acerca do poder vinculado, que se opõe, parcialmente, ao primeiro, pelos pontos prospectivamente expostos.

O poder vinculado fica caracterizado a partir do momento em que a lei não deixa margem para que a Administração aja de maneira diversa daquela estabelecida pelo instrumento normativo. Di Pietro (2013, p. 220) leciona que “diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”.

Mello (2007, p. 928), por sua vez, assim se manifesta sobre o tema: “Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido [...]. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.”

Sob esta ótica, a de que “na Administração Pública só se pode fazer aquilo que a lei permite”, podem-se visualizar com maior clareza e hígidez os liames que norteiam a compreensão acerca do poder vinculado. Este se caracteriza por se submeter totalmente à lei, não dispondo de nenhuma possibilidade que permita uma atuação aquém ou além do estritamente previsto. O que ocorre é que, no poder vinculado, são limitados os caminhos ou meios que conduzem ao atingimento do objetivo pretendido pela lei: “[...] a aplicação da lei de forma vinculada indicaria apenas um caminho e uma solução possível para o caso concreto. Assim, presentes os requisitos previstos em lei, ao Estado haveria apenas um meio para aplicá-la. A aplicação da lei teria como forma o modelo

subsuntivo, pelo qual, estabelecida a premissa maior, norma genérica, ou categórica, e identificado o caso concreto, haveria apenas uma conclusão possível (DIAS, 1994, p. 60).”

No que toca ao controle a que estão submetidos os atos vinculados, Fernandes (2012, p. 103) entende que “os atos vinculados podem ser invalidados e convalidados, mas não podem ser revogados, porque os elementos do mérito – oportunidade e conveniência – não estão ao alcance do legislador”.

Portanto, não se furte o administrador da aplicação estrita das prescrições legais. Em se tratando de matéria submetida ao poder vinculado, não são cabíveis quaisquer juízos de valor ou de subjetividade oriundos da mente humana, representados pelo administrador ou outro agente administrativo a quem caiba a elaboração ou execução de determinado ato administrativo vinculado.

## 2.2 DO PODER DISCRICIONÁRIO

O poder discricionário, segundo Di Pietro (2001, p. 67), pode ser conceituado como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Ressalte-se que, a despeito da liberdade de atuação conferida ao administrador, este deve pautar-se dentro da esfera de permissivos legais. Caso contrário, restará caracterizada arbitrariedade no exercício do poder discricionário, o que destoará da finalidade pública, que é o fim máximo que o administrador deve buscar. Nesse sentido se posiciona Mello (2007, p. 416), para quem: “Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.”

Aqui, Di Pietro (2001, p. 67) alerta para as diferenças existentes entre discricionariedade e arbitrariedade: “[...] o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassar esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária. A arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.”

Ainda que seja outorgada à Administração determinada margem de discricionariedade, a lei igualmente estabelece os limites desta outorga. O precitado doutrinador leciona que “não há como conceber nem como aprender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo” (MELLO, 2007, p. 941). Não deve se dissociar discricionariedade de legalidade. Ambas coadunam-se para a consecução do interesse público.

Não são todos os elementos do ato administrativo que são passíveis de juízo discricionário por parte do administrador. A competência, a forma e a finalidade devem ligar-se intimamente ao que determina a norma legal, sendo, desta feita, requisitos vinculados. Fora desse rol, estão compreendidos o objeto e o motivo do ato, que podem submeter-se ao léu do administrador, no que atine à escolha dos critérios de oportunidade e conveniência para sua execução. São os aludidos elementos (o objeto e o motivo) considerados o verdadeiro recanto de cultivo do poder discricionário.

Todavia, no que tange ao motivo, note-se que a discricionariedade que lhe encobre toca apenas às questões fáticas, de modo que, em relação aos aspectos legais do motivo, tem-se que este deverá sempre ser vinculado, traduzindo-se na necessidade de atendimento do interesse público. De igual modo, o objeto deve estar encoberto pelo manto da licitude e da possibilidade, alijando-se a hipótese de rejeição do ato, para que este produza efeitos jurídicos válidos.

## 3. DOS ASPECTOS INERENTES ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O ordenamento jurídico brasileiro contempla, na Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, algumas modalidades licitatórias. Estas se encontram dispostas no art. 22 da precitada Lei, e são as seguintes: I –



concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão. Independentemente da modalidade, existem alguns elementos que são constantes e comuns a qualquer procedimento licitatório.

A finalidade precípua da licitação é a satisfação do interesse público, a partir do atendimento dos preceitos estabelecidos pelo art. 3º, caput, do Estatuto das Licitações: Art. 3º 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.

Os princípios acima fixados são inerentes a todas as modalidades arroladas pelo aludido art. 22 da Lei Federal n. 8.666/1993 e, também, ao pregão, modalidade festejada pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002.

### 3.1 DA LEI FEDERAL N. 8.666/1993

A Administração Pública, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, carece de meios que propiciem o atingimento dos fins aos quais se destina, sob o primado do interesse público. Sabe-se que, a aquisição de bens e a contratação de serviços pelo Poder Público devem ser efetuadas por meio de licitação pública, instituto que se encontra previsto na Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

O art. 2º desta Lei dispõe que “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação [...]”.

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, ao tratar do tema referente às licitações, determina que: 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 [...].

No que toca à caracterização dos contratos firmados pela Administração Pública, insta citar o teor do parágrafo único do art. 2º do Estatuto das Licitações: Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

As modalidades previstas para tanto são, conforme o art. 22 da Lei Federal n. 8.666/1993: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso e; V – leilão. Para além destas, o ordenamento jurídico vigente prevê, ainda, a possibilidade de realização de licitação por meio de pregão, seja na forma presencial ou eletrônica, cuja regulamentação coube à Lei Federal n. 10.520/2002. Hodiernamente, esta última modalidade tem ganhado relevo, pois, sob a ótica administrativista moderna, é considerado um mecanismo que propicia, de forma mais incisiva, o atingimento dos princípios e dos fins delineados pela Lei, em matéria de licitações públicas.

### 3.2 DA LEI FEDERAL N. 10.520/2002

Foi editada, no âmbito federal, a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, cujo conteúdo institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade licitatória denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Consoante estudo desenvolvido por Kalil (2011, p. 1), a origem do pregão remonta à sua instituição, no ordenamento jurídico pátrio, “pela Medida Provisória n. 2.026, de 4 de maio de 2000, que teve sucessivas reedições”, culminando na Lei acima referida.

O pregão é instrumento de que se utiliza a Administração Pública quando da realização de licitação cujo objeto possa ser definido de maneira categórica, no que tange aos seus padrões de desempenho e qualidade, por meio de especificações usuais no mercado. É o que estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/2002.

O conceito do que vem a ser um bem ou serviços “comum” atrela-se, intimamente, ao aspecto procedimental que confere peculiaridade ao pregão, qual seja, o seu caráter célere, rápido, simples, em relação a outras modalidades licitatórias. Niebuhr (2004, p. 53) contempla o entendimento, que é aqui esposado, de que: “[...] a modalidade pregão pretende introduzir procedimento célere, que possa ser ultimado numa única sessão, em que os licitantes reduzem seus preços oralmente e que os requisitos de habilitação são mais simples ou menos burocratizados do que os da Lei n. 8.666/93. Isto é, o objeto da modalidade pregão deve ser comum, deve ser simples, porquanto o procedimento previsto para a modalidade também o é. Parte-se do pressuposto de que, como o procedimento do pregão é simples, o objeto dele também deve sê-lo. Daí a restrição de que o pregão seja utilizado somente para bens e serviços comuns.”

Deveras, o pregão foi introduzido na esfera jurídico-administrativa brasileira com o intuito de conferir maior eficiência aos procedimentos negociais celebrados pelo governo, nas suas relações com particulares regidas sob a ótica do interesse público.

Essa distinção atribuída ao pregão deve-se ao concurso de três fatores: a) o objeto do pregão deve ser enquadrado na categoria de “bens ou serviços comuns”, consoante o art. 1º, da Lei n. 10.520/2002; b) o trâmite do pregão deve ocorrer de maneira inversa em relação às demais modalidades licitatórias, ou seja, primeiro devem ser julgadas as propostas, e depois serão verificados os requisitos de habilitação do licitante; c) quando da fase de julgamento, procede-se primeiro à abertura das propostas escritas e, posteriormente, aos ofertantes das menores propostas é oportunizado o oferecimento de novas propostas, que determinarão o vencedor do certame, a partir da obtenção do menor preço. É um verdadeiro leilão às avessas.

Em relação à forma como é realizado, o pregão divide-se em presencial e eletrônico. O primeiro é caracterizado por se tratar de um procedimento licitatório em que, assim como nas modalidades tradicionais, tais como a concorrência, a tomada de preços e o convite, os interessados devem estar todos presentes, fisicamente. O último, por sua vez, se utiliza dos mecanismos oferecidos pela tecnologia da informação, geralmente por meio da internet, para o seu regular processamento. Não exige que os licitantes se façam presentes na sessão, de modo que estes podem remeter suas propostas por via eletrônica, sem necessidade de comparecerem fisicamente ao recinto em que ocorre o manejo das propostas e demais fases do pregão.

O pregão, tanto em sua forma presencial quanto eletrônica, constitui um mecanismo de que se utiliza a Administração Pública para a melhor gerência dos recursos de que dispõe, obedecidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, e outros que lhes são correlatos, tendo em vista a otimização dos procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público.

### 3.3 DO DECRETO N. 5.450/2005 E DA SÚMULA N. 6/TCE-RO

O Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, é instrumento normativo editado no âmbito da União, para regulamentar o pregão em sua forma eletrônica, tendo em vista a aquisição de bens e serviços comuns. Deve ser aplicado a todos os procedimentos licitatórios que comportem tal modalidade, quando realizados pelos órgãos da administração pública federal direta, e, ainda, por fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, de acordo com as disposições do art. 1º, parágrafo único, do precitado Decreto.

O dispositivo presente no corpo do Decreto n. 5.450/2005 que melhor explicita a questão atinente à utilização do pregão eletrônico, consiste no artigo 4º daquele, no qual: Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica. § 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Seguindo a matéria constante do Decreto retro explicitado, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia editou, com base nas atribuições que lhe confere a Resolução Administrativa n. 005/TCER-96, a Súmula n. 6/TCE-RO, cujo enunciado possui o seguinte teor: Para a contratação de bens e serviços comuns deve ser utilizada, preferencialmente, a modalidade pregão na forma eletrônica. A utilização de modalidade e forma diversas, por se tratar de via excepcional, deve ser precedida de robusta justificativa que demonstre que ensejará resultado economicamente mais vantajoso que a modalidade pregão na forma eletrônica (RONDÔNIA, 2014).

Consoante o art. 15, inciso VII, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, é da competência do

Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal, “aprovar os enunciados da Súmula da Jurisprudência do Tribunal”. O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia segue estes mesmos liames, que podem ser retirados do art. 121, inciso VII, da Resolução Administrativa n. 005/TCE-RO-1996 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia).

A aludida súmula foi elaborada com vistas à uniformização das decisões atinentes à análise da regularidade dos procedimentos licitatórios empreendidos pelos municípios submetidos à jurisdição da Corte de Contas deste Estado, atribuindo-se maior transparência aos certames e, de modo que, a partir da publicidade dos atos e do trâmite licitatório, e, igualmente, consoante uma atuação coerente, o controle externo desenvolva seu mister com maior eficácia e eficiência, evitando-se prejuízos ao Erário.

#### **4 O PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Como mencionado anteriormente, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia editou da Súmula n. 6/TCE-RO, cujo objeto é matéria referente ao uso do pregão eletrônico, em vez do pregão presencial, pelos órgãos da administração pública estadual e municipal deste Estado, quando da realização de licitações públicas que comportem tal modalidade. Questiona-se, todavia, se a referida súmula atende os requisitos impreteríveis à sua juridicidade, produzindo os efeitos almejados.

Doravante, passa-se à análise dos aspectos materiais e formais do precitado instrumento sumular, tendo como parâmetro analítico o Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, e, de forma análoga, outras disposições legais que conduzam ao esclarecimento desta obscuridade. Tal verificação é imperiosa, estabelecendo-se um paralelo entre as competências conferidas às Cortes de Contas, tendo como parâmetro o arcabouço constitucional, e os demais elementos normativos que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

##### **4.1 A SÚMULA N. 6/TCE-RO ENQUANTO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA**

No desempenho de suas atribuições, o Tribunal de Contas utiliza uma série de mecanismos que visam o atingimento de seu desiderato, qual seja, a materialização dos fins delineados no art. 71 da Constituição Federal. Dentre os instrumentos manejados situam-se, inclusive, as súmulas, editadas no âmbito do próprio Tribunal de Contas.

O poder para elaboração de normativa sumular encontra respaldo nos regimentos internos destes órgãos, conforme se depreende do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União - Resolução TCU n. 246, de 30 e novembro de 2011, e, igualmente, no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – Resolução Administrativa n. 005/TCER-96, sobre o qual recai o presente estudo. Nesse tocante, aplica-se o princípio da simetria, que, em decorrência do modelo do Estado federativo, permite aos entes pautarem sua atuação de forma paritária em relação aos outros entes, nos limites de suas respectivas competências, fixadas na Constituição Federal, em caráter *mutatis mutandis*, procedendo-se às adequações pertinentes.

Pois bem. O Decreto n. 5.450/2005 regula, a teor do que foi exposto no tópico 3.6, o pregão em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, nas licitações realizadas pela União. A Súmula n. 06/TCE-RO, do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, comporta matéria análoga, determinando que, “para a contratação de bens e serviços comuns deve ser utilizada, preferencialmente, a modalidade pregão na forma eletrônica [...]” (RONDÔNIA, 2014). Acontece que o pregão eletrônico é tido como o meio de obtenção de resultado mais vantajoso para a Administração Pública, que, após realizar procedimento licitatório, celebrará contratos com terceiros para o suprimento de suas necessidades e, mormente, para a satisfação do interesse público.

Face à ausência de instrumento regulamentador de tal matéria na esfera do Estado de Rondônia, é que se editou a Súmula n. 6/TCE-RO, com o escopo de orientar os administradores da res publica quando da tomada de decisões tangentes à realização de licitações. O instituto retro mencionado é produto de reiteradas decisões da Corte de Contas estadual, consolidado sobre o entendimento de que o pregão eletrônico é a modalidade que melhor se adequa às exigências provenientes da Administração Pública e que, sob a ótica dos princípios da publicidade e da eficiência, proporciona uma melhor condução do trâmite licitatório, por ser mais célere e por

ampliar a competitividade entre os interessados. A prerrogativa para a elaboração de súmula pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia encontra respaldo, como dito alhures, na Resolução Administrativa n. 005/TCER-96.

Note-se, entretanto, que a Súmula n. 6/TCE-RO não detém de normatividade para determinar quaisquer condutas ao administrador. Aquela visa, tão somente, uniformizar as decisões do Tribunal, que comporta diversas interpretações num mesmo sentido. Na realidade, a súmula surge como uma forma de contemplar os princípios da segurança jurídica e da isonomia, face à reiteração de entendimentos similares, ou até mesmo, idênticos. Barroso (2001, p. 239) afirma que: “O Tribunal de Contas não tem competência constitucional para exercer o poder regulamentar, que é privativo do Executivo. A lei que se refere ao exercício de tal competência deve ser interpretada conforme a Constituição, com o sentido de que o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Não tem o Tribunal competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, nem muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei.”

No mesmo liame, não se pode olvidar que a natureza do enunciado sumular tem caráter dispositivo. Não se está diante de uma norma cogente, e, tampouco, vinculante, que prevê medida sancionatória para o caso de eventual infringência ao seu texto.

Os requisitos necessários à elaboração não têm o condão de conferir à súmula índole cogente, pois, a teor do artigo 85 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e do artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, dotado de idêntico conteúdo, “a Súmula da Jurisprudência constituir-se-á de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções e precedentes, adotados reiteradamente pelo Tribunal, ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua jurisdição e competência”, restando inafastável o caráter uniformizador das súmulas elaboradas pelo Tribunal de Contas.

Tem-se, portanto, que a súmula não dispõe de um poder regulatório, mas é considerada um instrumento orientador, que busca auxiliar o administrador em caso de obscuridade ou confusão quanto à aplicação de determinada lei ou outro ato normativo a uma situação, obtemperando-se, todavia, para que não haja interferência do Tribunal de Contas no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, conforme se verificará no tópico subsequente.

#### **4.2 A SÚMULA N. 6/TCE-RO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

A partir da esfera de competências inerentes ao Tribunal de Contas, enquanto órgão auxiliar do controle externo desempenhado pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional, no âmbito da União, e Assembleia Legislativa, nos estados), levanta-se um ponto que traz à tona os limites dos poderes conferidos às Cortes de Contas face à discricionariedade administrativa atribuída ao administrador público.

É possível realizar um confronto entre o exercício das competências atribuídas ao Tribunal de Contas, pela Constituição Federal, e as prerrogativas conferidas ao administrador, decorrentes da lei. Não se pretende, todavia, estabelecer uma relação de subordinação deste em detrimento daquele, pois o que importa, na realidade, é lançar mão de uma análise sistemática de todo o ordenamento, de modo a possibilitar uma maior compreensão acerca das peculiaridades de cada um dos aludidos institutos.

Conforme abordagem retro (tópico 2.2), no uso do poder discricionário, o administrador detém da faculdade de escolher, dentre os critérios de conveniência e oportunidade e, a partir dos parâmetros legais logicamente impostos, a alternativa que melhor atenda à demanda social.

Voltando os olhares à temática da preferência pelo pregão eletrônico em vez do pregão presencial, a escolha por um ou por outro recai completamente sobre a seara de discricionariedade do gestor. No entanto, o Decreto n. 5.450/2005, juntamente com a Súmula n. 6/TCE-RO, e demais atos normativos cabíveis, impõem (ou recomendam, como é o caso da súmula) que seja utilizado, preferencialmente, o pregão eletrônico, por constituir a modalidade que contempla de forma mais incisiva os princípios festejados pelo art. 37 da Constituição Federal e outros que lhes são correlatos.

De fato, a tendência que tem se verificado chancela esta vertente, pois o próprio Decreto n. 5.450/2005, art. 5º, parágrafo único, prescreve que o pregão eletrônico se revela como o meio de maior idoneidade no que

toca à ampliação da disputa entre os interessados, observados o “interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e segurança da contratação”.

Apesar de ser essa a cognição majoritária da jurisprudência administrativista, há situações em que o pregão eletrônico não se mostrará como a via mais idônea para a realização do certame licitatório, podendo, para tanto, ser eleito o pregão na forma presencial.

A título de exemplo, é plausível mencionar as licitações cujo objeto é a aquisição de combustíveis para atender à demanda da Administração de determinada municipalidade. Ora, nesses casos, se for utilizado o pregão eletrônico, e considerando que uma empresa com estabelecimento em outro município seja a vencedora do procedimento, decerto o deslocamento empreendido pela Administração para o abastecimento de sua frota representará um fator de oneração do objeto licitado. Tal fato vai de encontro ao princípio da eficiência e da proposta mais vantajosa para a administração, a teor do art. 37, caput, da Constituição Federal e art. 3º, caput, da Lei n. 8.666/1993, respectivamente.

Todavia, segue excerto de decisão que reflete o entendimento predominante no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, no que diz respeito à utilização do pregão eletrônico: Segundo o firmado pelo Tribunal de Contas da União, a opção pelo pregão presencial somente é admissível quando o órgão promotor da licitação não dispuser de estrutura eletrônica compatível com a outra modalidade ou quando as limitações de recursos de tecnologia da informação no mercado local não permitir a competitividade. Nem mesmo situações adversas como a necessidade de envio de elevado número de documentos, croquis, plantas e informações, são toleradas para justificar a opção pelo pregão presencial, conforme Acórdão nº 1.099/2010, do Plenário do TCU.

“Não há qualquer fundamento que justifique a adoção da modalidade pregão presencial, portanto, a conduta dos responsáveis pode por si só, gerar a nulidade do contrato, sem prejuízo das penalidades a serem aplicadas ao gestor (RONDÔNIA, 2014, p. 24).”

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia emitiu recomendação que possui o seguinte teor, considerando-se a utilização do pregão presencial em vez do eletrônico:

“CONSIDERANDO que a obrigatoriedade de utilização, sempre que possível, do Pregão Eletrônico, ao revés do Presencial, constitui-se tema pacificado perante a Corte de Contas que, reiteradas vezes (Decisão 614/2007, Decisão nº 625/2007, Decisão n. 649/2007, Decisão n. 124/2008, Decisão n. 288/2008, Decisão n. 504/2008, Decisão n. 333/2009, Decisão n. 471/2009 e Decisão n. 199/2010, dentre outras mais recentes), tem decidido que a adoção da forma Eletrônica de Pregão não se configura ato discricionário, ao contrário, trata-se de mecanismo pelo qual é possível a obtenção de melhor proposta, em face dos princípios da economicidade e eficiência, da moralidade administrativa e também, do princípio da transparência na atuação administrativa, possibilitando que qualquer cidadão tenha acesso, via internet, às contratações eletrônicas efetuadas, princípios esses aos quais a Administração Pública não deve, nem pode, afastar-se (RONDÔNIA, 2014, p. 2).”

Diante deste impasse, infere-se que, nem sempre o pregão eletrônico constituirá a modalidade mais satisfatória ao atendimento do interesse público, e, não obstante o entendimento do Tribunal de Contas consolide-se no sentido oposto, deve este órgão empregar cautela quando da prolação de suas decisões, de forma a não ingerir na discricionariedade do administrador, que também é limitada pela lei.

Tal como o que ocorre com demais órgãos dos Poderes constituídos pela Constituição Federal, o Tribunal de Contas deve obediência aos mecanismos de contenção do seu poder. Caso contrário, sua atividade restará maculada pela ferida da ilegitimidade, e, não menos, pela arbitrariedade, ambas fortemente condenadas pelo sistema jurídico.

### **4.3 O CONTROLE DE LEGALIDADE FEITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA A PARTIR DA SÚMULA N. 6/TCE-RO**

Sob a tangente do controle de legalidade realizado no âmbito da Administração Pública, tem-se que este comporta duas possibilidades: a) pode ser feito pelo próprio órgão do Executivo, a título de controle interno, pela própria Administração; b) ainda, poderá ser realizado no âmbito do Poder Judiciário, que se limitará, estritamente, ao exame da legalidade do ato.

Na órbita da Administração Pública, é permitido efetuar tanto o controle de mérito (considerados os critérios de conveniência e oportunidade) quanto o controle da legalidade do ato, sendo legítima a declaração de

eventual nulidade que se origine de ato administrativo em dissonância com os ditames da legalidade, em decorrência do princípio da autotutela, que engloba os atos da Administração. Igualmente, pode o Judiciário proceder à declaração de nulidade do feito administrativo, a partir da apreciação da legalidade deste, afastando, repise-se, quaisquer interferências na esfera da discricionariedade do administrador.

Tendo em vista que o Tribunal de Contas não integra o Poder Judiciário, não fazendo parte do rol descrito no art. 92 da Constituição Federal, infere-se, por conseguinte, que o controle por ele realizado é destituído de caráter judicial. Não obstante, é pertinente a lição de Castro (2004, p. 185), que ressalta alguns pontos que podem conferir, ao menos, características jurisdicionais às decisões proferidas no âmbito dos Tribunais de Contas, em matéria de controle de legalidade: “Primeiramente, porque os TC’s julgam sob o critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público.”

Acontece que, nesta tangente, a classificação que melhor se aplica aos Tribunais de Contas é a que considera que estes possuem natureza político-administrativa, não se podendo olvidar de sua origem centralmente constitucional. Por isso, “[...] se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei” (CASTRO, 2004, p. 188).

O órgão do Tribunal de Contas não detém da competência para, por si só, determinar a revogação ou a nulidade de ato administrativo, de modo que, a teor do art. 71, XI, da Constituição Federal, deve aquele “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”. Desse modo, o Poder competente aqui suscitado recai sobre o Executivo ou no Judiciário, em que pese a análise do mérito (somente pelo Executivo) e da legalidade do ato.

Assim, resta consignar que o controle de legalidade feito a partir da Súmula n. 6/TCE-RO, pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não tem o condão de impor ao administrador que este aja desta ou daquela maneira, mas tão somente, como dito supra, de orientar aquele quanto à tomada de decisões no âmbito de sua gestão, respeitando-se a legalidade e, por consequência, a discricionariedade na eleição da modalidade licitatória. Caso sua conduta fira preceitos de ordem pública, tal como os princípios preconizados pelo art. 37 da Constituição Federal e pela legislação correlata, é que será efetivada a realização do controle de legalidade, que poderá ser feito pela própria Administração, ou pelo Poder Judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise empreendida sobre os aspectos atinentes ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e o poder normativo de que este dispõe para o exercício de suas funções, inclusive em relação à utilização do pregão eletrônico nas licitações públicas, restam as seguintes considerações:

1.O Tribunal de Contas é um órgão criado pela Constituição Federal de 1988, cujas atribuições decorrem diretamente da Carta Magna. Possui natureza notadamente política, não obstante o exercício de suas funções também se encontre regulamentado em atos normativos infraconstitucionais, a exemplo de suas resoluções administrativas e regimentos internos. Seu mister precípuo é auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo dos atos emanados dos órgãos dos demais Poderes.

2.Visando exercer um controle sobre esta atividade, o Tribunal de Contas se mostra como um elemento de verificação da legalidade e da legitimidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública. O controle por ele desempenhado possui notável relevância no cenário jurídico, pois, junto ao Poder Legislativo, tem o condão de auferir, sob uma perspectiva orçamentário-financeira, a forma e onde os recursos públicos estão sendo aplicados, incluindo-se aqui as licitações e contratos públicos.

3.No que atine à legalidade da Súmula n. 6/TCE-RO, esta se situa dentro dos parâmetros delineados pela lei, a partir do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não vinculando o administrador à utilização obrigatória do pregão eletrônico quanto às licitações realizadas no âmbito da Administração Pública. Em sua reserva de matéria, a súmula consiste, unicamente, em uma orientação uniformizadora das decisões proferidas pela Corte de Contas, conferindo maior segurança jurídica e coerência ao entendimento proferido

no âmbito desta. Nesse diapasão, não há que se falar em ingerência à discricionariedade do gestor, que será apenas orientado, a partir da súmula, a agir desta ou daquela maneira.

4.O poder normativo do Tribunal de Contas é restrito à sua competência, traçada pela Constituição Federal, não confrontando as atribuições conferidas ao administrador da coisa pública. Se agisse contrariamente a esse postulado, o Tribunal de Contas incorreria no rompimento de sua localização na teoria da separação dos poderes, infringindo, também, a ordem estabelecida pela Constituição Federal, no que atine à estruturação do Estado e seus respectivos órgãos. Deve a aludida instituição agir com cautela quando do exercício das atribuições que lhe competem, pois, como fora anteriormente elucidado, há o risco de o Tribunal de Contas ter suas atividades desvirtuadas em razão da invasão da esfera de discricionariedade conferida pela própria lei, exclusivamente ao gestor.

5.Em relação ao pregão, embora se trate de uma modalidade licitatória que foi criada com o escopo de otimizar as contratações realizadas pela Administração Pública, e que seja, teoricamente, mais eficiente em relação às demais modalidades licitatórias, caberá ao administrador, a seu alvitre, a eleição da forma (presencial ou eletrônica) que melhor atenda às necessidades do ente por ele gerido, observando-se os princípios celebrados no artigo 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), e, quando da realização da licitação, daqueles previstos na Lei n. 8.666/1993, como a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, a probidade administrativa e, igualmente, a ampla competitividade.

À vista disso, não se pode menosprezar a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, uma instituição que, amoldada sob as disposições constitucionais, adquire contornos essencialmente relevantes no que tange à supervisão dos atos emanados do Poder Público, observados os limites de sua normatividade, o que se torna vital para a validade e legitimidade de sua conduta perante o sistema vigente neste Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- 1.BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 2.BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 3.CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura; ROCHA, Lincoln Magalhães; SOUZA, José Alfredo de et al. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- 4.DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- 5.DIAS, Carlos Alberto da Costa. Liminares: poder discricionário ou vinculado. Revista de Informação legislativa. Brasília, ano 31, n. 123, jul./set., 1994.
- 6.DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- 7.\_\_\_\_. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- 8.ESTADO DE RONDÔNIA. Resolução Administrativa n. 005/TCER-96. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/ResAdmin-5-1996.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2015.
- 9.\_\_\_\_. Ministério Público de Contas do Estado de Rondônia. Notificação recomendatória conjunta n. 03/2014/PMPC. Disponível em: < [http://www.mpc.ro.gov.br/arquivoscms/MPC/files/03%20-%202014-PM%20Corumbiara%20utilizar%20Preg%20Eletr%C3%83%C2%B4n%20e%20valores\(2\).pdf](http://www.mpc.ro.gov.br/arquivoscms/MPC/files/03%20-%202014-PM%20Corumbiara%20utilizar%20Preg%20Eletr%C3%83%C2%B4n%20e%20valores(2).pdf). Acesso em: 04 jun. 2015.
- 10.\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Súmula n. 6/2014. Órgão Julgador. Conselho Superior de Administração. Data: 30/04/2014. Data da publicação/fonte: 14/05/2015. DoeTCE-RO 668, p.12. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/index.php/sumula/sumula-no6tce-ro/>>. Acesso em: 24 mai. 2015.
- 11.\_\_\_\_. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Decisão n. 41/2014/GCESS. Relator: Conselheiro Edílson de Sousa Silva. Data: 19/02/2014. Data da publicação: 20/02/2014. DoeTCE-RO 617, p. 24. Disponível em: [http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario\\_00617\\_2014-2-20-12-11-9.pdf](http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_00617_2014-2-20-12-11-9.pdf). Acesso em: 04 jun. 2015.
- 12.FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- 13.\_\_\_\_. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte:

Fórum, 2013.

14.\_\_\_\_. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.

15.GUERRA, Evandro Martins. Os controles externo e interno da Administração Pública. 2. ed. rev. e ampl., 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

16.KALIL, Hugo Souto. A modalidade licitatória do pregão e o seu critério de aplicação: transcendendo o paradigma de avaliação quanto ao objeto do contrato. Boletim do Legislativo n. 1. Senado Federal: Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2011.

17.MACHADO, Hugo de Brito. Uma introdução do estudo do direito. São Paulo: Dialética, 2000.

18.MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas: Natureza jurídica e posição entre os poderes. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 27, n. 106, abr./jun., 1990.

19.\_\_\_\_. Origem dos Tribunais de Contas e evolução do Tribunal de Contas no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 29, n. 113, jan./mar., 1992.

20.MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

21.MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

22.MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

23.MONTESQUIEU, Baron de. Do espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

24.NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Curitiba: Zênite Editora, 2004.

25.SCLIAR, Wremyr. Controle externo brasileiro: Poder Legislativo e Tribunal de Contas. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar., 2009.

26.SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

27.SOARES, José de Ribamar Barreiro. A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 33, n. 132, out./dez., 1996.

**Sumário:** Introdução. 1 Do Tribunal de Contas. 1.1 Dos limites de sua normatividade. 1.1.1 Jurisdição e competência. 1.2 da posição do tribunal de contas na teoria da separação dos poderes. 2 Da discricionariedade administrativa. 2.1 Do poder vinculado. 2.2 Do poder discricionário. 3 Dos aspectos inerentes à licitação pública. 3.1 Da lei federal n. 8.666/93. 3.2 Da lei federal n. 10.520/02. 3.3 do decreto n. 5.450/2005 e da súmula n. 6/TCE-RO. 4 o poder normativo do tribunal de contas e a discricionariedade administrativa quanto à utilização do pregão eletrônico nas licitações públicas. 4.1 A súmula n. 6/TCE-RO enquanto instrumento de uniformização das decisões do tribunal de contas do estado de Rondônia. 4.2 O controle de legalidade feito pelo tribunal de contas do estado de Rondônia a partir da súmula n. 6/TCE-RO. Considerações finais. Referências



# Publish Research Article

## International Level Multidisciplinary Research Journal For All Subjects

Dear Sir/Mam,

We invite unpublished Research Paper, Summary of Research Project, Theses, Books and Books Review for publication, you will be pleased to know that our journals are

### Associated and Indexed, India

- ★ Directory Of Research Journal Indexing
- ★ International Scientific Journal Consortium Scientific
- ★ OPEN J-GATE

### Associated and Indexed, USA

- DOAJ
- EBSCO
- Crossref DOI
- Index Copernicus
- Publication Index
- Academic Journal Database
- Contemporary Research Index
- Academic Paper Database
- Digital Journals Database
- Current Index to Scholarly Journals
- Elite Scientific Journal Archive
- Directory Of Academic Resources
- Scholar Journal Index
- Recent Science Index
- Scientific Resources Database

Review Of Research Journal  
258/34 Raviwar Peth Solapur-  
413005, Maharashtra  
Contact-9595359435

E-Mail-ayisrj@yahoo.in/ayisrj2011@gmail.com