

O TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO: SEGURANÇA JURÍDICA E CONSEQUENCIALISMO

THE COURT OF ACCOUNTING OF THE MUNICIPALITY OF SÃO PAULO: LEGAL CERTAINTY AND CONSEQUENTIALISM

Murilo Meneghetti Nassif¹

RESUMO

A partir da premissa de que o pregão é um procedimento licitatório cuja inabilitação de licitantes deveria ser medida excepcional, vez que implica na impossibilidade de o órgão licitante contratar a melhor proposta obtida na licitação, o presente estudo avalia o padrão decisório do Tribunal de Contas do Município de São Paulo em relação a tal temática. Neste contexto o artigo investiga, também, a temática do consequencialismo jurídico e da segurança jurídica, apontando o padrão decisório da Corte de Contas sobre o tema.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Segurança Jurídica. Consequencialismo.

ABSTRACT

Based on the premise that the auction is a bidding procedure whose disqualification of bidders should be an exceptional measure, since it implies the impossibility of the Public Administration contract the best proposal obtained in the bidding, the present study evaluates the decision-making pattern of the Court of Account of the City of São Paulo in relation to this theme. In this context, the article also investigates the theme of legal consequentialism and legal certainty, pointing out the decision-making pattern of the Court of Auditors on the subject.

Keywords: Account Court. Legal certainty. Consequentialism.

1. INTRODUÇÃO

Sendo o pregão um procedimento licitatório no qual se aplica a inversão de fases, a inabilitação de licitantes é uma medida excepcional – ou pelo menos deveria ser –, uma vez que

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Público pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas; Especialista em Direito Constitucional-Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/COGEAE. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Email: murilo.nassif@gmail.com

a inabilitação implica na impossibilidade de o órgão licitante contratar a melhor proposta obtida na licitação. A partir desta premissa, ou seja, da excepcionalidade de inabilitação de licitantes, o presente estudo foi concebido com o objetivo de avaliar o padrão decisório do Tribunal de Contas do Município de São Paulo no que tange a esta temática.

Ainda, a investigação em questão foi delineada para auferir como o órgão de contas Municipal vem aplicando os conceitos do consequencialismo prático oriundo da lei da segurança jurídica², que objetivou contribuir para o pragmatismo na atividade administrativa e para a criação de um ambiente institucional mais favorável à inovação, segurança jurídica e efetividade da ação estatal (SUNDFELD et al., 2018).

Ocorre que após a investigação e análise de acórdãos prolatados por este Tribunal, constatou-se que a inabilitação de licitantes no município de São Paulo não necessariamente é medida excepcional e, as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo não tem aplicado a lei de segurança jurídica como base fundamental.

O que se extrai da investigação é que a Corte de Contas em questão possui uma atuação extremamente *formalista*, aqui considerada a estrita e formal aplicação da lei e regras editalícias, não tendo por praxe realizar análises *consequencialistas*, aqui consideradas como situações que ultrapassam o quanto prescrito na forma da lei com o objetivo de se buscar pragmatismo e eficiência.

É então, a partir da realidade constatada, com base em estudo empírico, que se ensaia a necessidade de se fomentar um debate sobre a eventual incorporação de uma análise consequencialista aos padrões decisórios desta Corte de Contas Municipal. Isto objetivando a melhor alocação de recursos para a Administração Pública e sociedade afeta à circunscrição territorial do Tribunal.

2. METODOLOGIA

Trata-se de um ensaio oriundo de estudo exploratório, descritivo e interpretativo conduzido inicialmente a partir da análise de decisões proferidos pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, no contexto da inabilitação de licitantes em procedimentos licitatórios

² Lei Federal nº 13.665/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

na modalidade de pregão. A fonte primária da informação consiste no material coletado através de pesquisa de jurisprudência perante o sítio eletrônico do Tribunal de Contas Municipal.

A pesquisa foi realizada entre 25.4.2018 e 25.4.2022. O período inicial está relacionado ao início de vigência e inclusão dos artigos 20 e 21 na LINDB, que versam sobre a necessidade de serem consideradas as consequências jurídicas, práticas e administrativas das decisões emanadas nas esferas administrativa, controladora e judicial. A data de corte abrange o período de 4 anos de vigência das normas em estudo.

Para o recorte investigado definiu-se a utilização de determinadas palavras-chave, sem adição de filtros adicionais, no campo “*esta expressão ou frase exata*”³. Foram mantidos apenas os processos de denúncia e representação, sendo descartadas as análises dos demais processos, resultando 64 decisões para estudo.

Como esta investigação está vinculada a uma interpretação e que, é da natureza da atividade interpretativa um certo grau de subjetivismo daquele que a executa, a análise e opinião aqui emitida deve ser encarada como a interpretação do autor deste trabalho, de tal forma que retrata a sua visão e é passível de opinião divergente.

3. OS ACHADOS DA INVESTIGAÇÃO

Os achados da pesquisa mostram que o caminho decisório do Tribunal de Contas do Município de São Paulo tem baixa análise de natureza consequencialista. De modo geral, são raras as ponderações sobre as consequências das decisões, não tendo sido localizadas menções relevantes à LINDB, nos acórdãos que foram analisados.

Da mesma forma, o que se auferiu nos processos estudados é que este órgão de controle possui uma atuação mais *formalista*, aqui considerada a estrita e formal aplicação da lei e regras editalícias. Ou seja, há uma aceitável inabilitação de licitantes que não cumprem as regras formais e editalícias em sua minúcia⁴.

³ Palavras-chave: valores jurídicos abstrato; consequências práticas da decisão; consequências práticas; LINDB; art. 20 LINDB; artigo 20 LINDB; 20 LINDB; art. 21 LINDB; artigo 21 LINDB; 21 LINDB inabilitação; desclassificação; formalismo.

⁴ TC/013451/2020. Ementa: REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SEME. Serviços de limpeza, asseio, conservação e/ou manutenção predial, limpeza de caixa d'água, desratização e desinsetização. 1. A proposta de preços deve cumprir os termos do Edital. Princípio da vinculação ao edital. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime. TC/015441/2019. Ementa: REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços de apoio diagnóstico laboratorial. 1. Correta a desclassificação da proposta por ausência de indicação do lote, conforme exigido no edital. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Os votos proferidos por este órgão de controle são bem objetivos e curtos, sendo que existe uma repetição das decisões (a despeito das diversas chaves de pesquisa utilizadas verificou-se a repetição de diversas decisões a cada chave pesquisa).

De modo geral, as decisões examinadas não trazem discussões técnicas e qualitativas aprofundadas a respeito do caso sob análise e o peso da avaliação dos órgãos técnicos possui grande relevância e influência decisória.

Dentre os Conselheiros há frequente concordância com os apontamentos dos órgãos técnicos do Tribunal em suas razões de decidir, resultando em votos mais curtos e menos aprofundados. O oposto do que se vê nas decisões do Tribunal de Contas da União, cujos acórdãos são mais extensos e detalhistas⁵.

Há, contudo, poucas exceções em que um Conselheiro busca ponderar sua avaliação mediante averiguação dos interesses públicos que norteiam a contratação – embora nem sempre essa ponderação resulte em redução das exigências incidentes aos licitantes e não tenham tido qualquer relação com a LINDB⁶.

A partir destes achados a discussão que aqui se ensaia visa demonstrar que a eventual incorporação de uma análise consequencialista aos padrões decisórios desta Corte de Contas Municipal pode ser capaz de gerar uma melhor alocação de recursos para a Administração Pública.

4. A MODALIDADE DE LICITAÇÃO DO PREGÃO

A Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002 passou a vigor no ordenamento normativo brasileiro em decorrência das críticas que eram cada vez mais intensas ao regime geral de licitações e contratações públicas previsto na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública no Brasil.

⁵ Observa-se que, não necessariamente votos que sejam mais curtos sejam menos técnicos ou que estejam equivocados. Trata-se, aqui, de uma constatação da pesquisa. Entretanto, há de se consignar que a despeito da objetividade dos votos analisados o padrão decisório é no sentido de privilegiar o formalismo jurídico e conceitos jurídicos indeterminados e abstratos.

⁶ O TC/008802/2016 é um dos casos que faz referência à LINDB de forma singela: REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SME. Serviços de vigilância e segurança patrimonial. 1. A decisão da esfera controladora proferida com base em valores jurídicos abstratos deve considerar as consequências práticas da decisão. Art. 20, Lei 13.655/18. 2. Perda parcial do objeto. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

O consenso crescente era o de que os excessos de formalismos e exigências contidas na lei de licitações de 1993 trazia morosidade e ineficiências. Era necessário simplificar o procedimento de contratação pública e trazer maior agilidade e eficiência ao processo, com menor dispêndio de recursos – temporal, humano e financeiro – para todos os *stakeholders* envolvidos no processo de contratação com a administração pública (MONTEIRO, 2003).

Assim nasceu o pregão. E seu objetivo sempre foi claro: ter maior simplicidade (e menor formalidade) no procedimento de contratação com a Administração Pública. Apesar dos objetivos do pregão é necessário rememorar que ritos e formalidades, no âmbito de processos administrativos buscam conferir segurança jurídica e previsibilidade para o administrado, além de assegurar a veracidade dos atos para a administração.

Entretanto, há de se registrar que o excesso de formalidades pode ter efeitos adversos ao gerar custos excessivos para as partes, afastar interessados em um determinado processo e, eventualmente, dificultar o exercício de direitos.

Foi neste contexto que a Lei Federal de Processo Administrativo trouxe como baliza dos processos administrativos a adoção de “*formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados*”⁷. Trata-se, pois, de exigir o mínimo de formalismo necessário para conferir segurança às partes, sem perder de vista que eficiência e proporcionalidade são também balizas da atuação administrativa (SUNDFELD, 1987).

Também a Lei do Pregão teve como norte a busca de simplicidade procedimental, eliminando ritos e exigências formais que traziam morosidade e dificultavam a obtenção de propostas melhores para a administração. Ou seja, o conceito é de que exigências formais não podem desvirtuar ou obstar os fins visados pelo procedimento licitatório, que é o promover a competição para obter a melhor proposta possível para a Administração Pública (MARQUES NETO, 1995).

Um dos principais exemplos desta simplificação está na “inversão de fases” do pregão. No regime jurídico da Lei nº 8.666/1993 exigia-se que a primeira etapa do procedimento fosse a habilitação das interessadas, de modo a permitir que apenas os interessados que tivessem comprovado sua habilitação seguissem no processo e, pois, apresentassem sua proposta.

⁷ Art. 2º, parágrafo único, IX, Lei nº 9.784/1999

A habilitação em primeiro plano era o procedimento “comum”. Primeiro tem-se a fase da habilitação de todas as licitantes para, depois, ser realizada a fase de abertura e julgamento das propostas, apenas e tão somente, das licitantes habilitadas⁸.

Mas tal procedimento enseja um dispêndio enorme de recursos, vez que o órgão licitante tem que analisar a documentação de qualificação (que costuma ser bastante extensa e técnica) de todas as licitantes. Mais do isso, parece ser um esforço um tanto quanto injustificado, já que apenas será efetivamente contratada a licitante que apresentar a melhor proposta.

Eis que surge, então, a previsão de inversão de fases na Lei do Pregão. A inversão de fases se inicia com a apresentação e classificação das ofertas, para então se proceder à habilitação apenas da licitante classificada em primeiro lugar, reduzindo todo o injustificado esforço do procedimento comum até então vigente (MONTEIRO, 2003):

[...] Na prática, isto significa um considerável ganho de agilidade, eficiência e rapidez no certame. Pois o número de documentos a serem analisados pelo condutor da licitação é significativamente menor, já que são analisados os requisitos habilitatórios apenas do proponente classificado em primeiro lugar. Trata-se de economia de tempo e também de processo.

Este rito, que parecia imprescindível, foi revisito e alterado pela Lei do Pregão e mantido na recente alteração legislativa com o início de vigência da Lei 14.133, de 1 de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) que, a partir de 1 de abril de 2023 revogará tanto a Lei do Pregão quanto a Lei 8.666/1993⁹.

⁸ Art. 43, Lei 8.666/93. “A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

⁹ A Lei 14.133, de 1 de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) redefiniu as modalidades licitatórias, que passam a ser a *concorrência*, para contratação de bens e serviços especiais e obras e serviços comuns e especiais de engenharia (art. 6º, XXXVIII); o *pregão*, destinado para aquisição de bens e serviços comuns (art. 6º, XLI); o *leilão*, para alienação de bens imóveis ou bens móveis (art. 6º, XL); o *concurso*, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 6º, XXXIX); e, o *diálogo competitivo*, para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades (art. 6º, XLII).

A inversão de fases caminha em conjunto com a previsão da fase de lances e a moderação do formalismo procedimental. Não à toa foi mantida como regra pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹⁰. Isto, com o objetivo de se obter a melhor proposta de contratação para a administração pública¹¹.

Uma vez definida qual é a melhor proposta avança-se para a avaliação da qualificação da licitante ou proponente que tiver apresentado a proposta mais vantajosa para a Administração pública. Nesse momento o órgão licitante já tem conhecimento sobre qual é a melhor proposta que ele irá obter.

Deste modo, a habilitação da proponente deve ser feita de modo absolutamente cuidadoso, no sentido de buscar identificar, a partir da documentação, sua real capacitação para executar o objeto que se pretende contratar. A partir deste momento, a inabilitação da proponente deve ser medida excepcional, devidamente motivada e fundamentada, já que traz como consequência prática para a administração a impossibilidade de contratar com a melhor proposta possível.

Por óbvio, se alguma especificação técnica do objeto licitado não for cumprida, a inabilitação se justifica pela falta de observância do objeto, ou seja, do que se pretende licitar e contratar. Há de se lembrar que especificação técnica do objeto do edital é uma coisa e habilitação outra completamente distinta.

A descrição detalhada e especificada do objeto do edital é medida que garante a clareza e o objeto da licitação. Não importa se esta especificação seja de uma linha ou sejam páginas e páginas. A especificação do objeto do edital é o que define exatamente o que a

¹⁰ Registre-se que a novel lei permite que em determinados tipos de licitação a fase procedimental seja a da não inversão de modo a se adequar ao melhor interesse da Administração Pública conforme explica Victor Amorim: “[...] é prevista a possibilidade de a Administração “mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes” e “desde que expressamente previsto no edital de licitação”, inverter as fases de propostas e de habilitação. (...) a inversão de fases pode-se mostrar como medida salutar para atenuar os riscos de participações aventureiras e conferir maior segurança para a Administração quanto à avaliação de propostas apenas em relação aos fornecedores que, previamente, tenham demonstrado sua aptidão na fase de habilitação. (...) afastando, assim, as distorções e críticas quanto ao rito estabelecido na Lei n. 10.520/2002, notadamente em relação a uma pressuposta baixa qualidade de disputa decorrente da verificação das condições de contratar com a Administração somente após o fim da disputa e, também, por um fetiche dos agentes públicos – fomentado, em grande parte, pelos órgãos de controle – na busca do menor preço, destrelado de uma preocupação com a qualidade e performance da solução a ser contratada” (AMORIM, 2013).

¹¹ De se lembrar que, a despeito de a Administração Pública sempre buscar um menor preço como otimização de recursos, a melhor proposta de contratação para a administração pública não necessariamente é a de menor preço: “(...) A nova lei, embora preserve a terminologia do passado (menor preço), admite que a escolha considere critérios diferentes do valor nominal da proposta. A flexibilização se deve à regra que inclui a avaliação do menor dispêndio para a Administração.” (CÂMARA, 2021).

administração pública deseja licitar e contratar de modo a permitir que a melhor contratação seja realizada para a administração (MONTEIRO, 2003):

A concisão do edital de licitação não é a forma correta de se averiguar a natureza comum ou especial do objeto nele previsto. Tanto é perfeitamente possível descrever sucintamente um objeto especial que necessite de avaliação técnica para nortear sua contratação quanto também é possível descrever em várias páginas um objeto muito simples e passível de ser comprado pelo menor preço. Em um caso e outro, a descrição do objeto no edital de licitação não afeta a natureza da contratação, isto é, a característica *comum* ou *especial* do item licitado não decorre da complexidade da descrição técnica do bem. A indicação das especificações técnicas do bem ou das características da execução do serviço no edital não é sinônimo de licitação por técnica ou por técnica e preço. Na verdade, nada mais é do que a descrição objetiva do bem ou serviço a ser adquirido no edital.

A descrição do objeto do edital não se confunde com o procedimento de qualificação e habilitação da licitante, que é o momento em que se comprova a idoneidade do sujeito para a execução satisfatória do objeto licitado. “*Na acepção da fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação do sujeito para contratar com a Administração Pública*” (JUSTEN FILHO, 2021).

O objetivo visado pela inversão de fases – obter a melhor proposta, após uma competição acirrada – seria inócuo se, após toda a disputa entre os licitantes, a fase de qualificação fosse analisada com um apreço excessivo pela forma, ao invés da perseguição da verdade material quanto à qualificação do proponente que foi o detentor da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Esse objetivo é tão real que a própria legislação previu a possibilidade de saneamento de falhas na documentação apresentada pela licitante de modo a afastar as formalidades excessivas¹².

Este conceito saneante está mantido nas disposições da Lei de Licitações e Contratos que dispõe que, motivadamente e com transparência, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas na análise dos documentos de habilitação (Art. 64, §1º).

Esta faculdade-dever do pregoeiro e comissão de licitação refletem a posição do legislador de que formalismo jurídico excessivo precisa ser flexibilizado quando em prol da

¹² O Decreto Federal nº 10.024/2019, regulamentador do procedimento de pregão determina caber ao pregoeiro a competência para sanar erros ou falhar em relação à documentação de habilitação (art. 17, VI; e art. 47). Também menciona expressamente a apresentação de novos documentos pelo licitante para fins de confirmação da documentação já apresentada (art. 26, § 9º).

Administração Pública e da coletividade. Ou seja: no conflito entre o *formalismo* e a realidade pragmática e *consequencialista*, deve prevalecer a realidade.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO DO FORMALISMO EXCESSIVO

A busca pela flexibilização do formalismo excessivo é um movimento amplo, também visto em outros diplomas legais, como o das Parcerias Público-Privadas – PPPs (art. 13 da Lei nº 11.079/2004), do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (art. 12 e seguintes da Lei nº 12.462/2011) e a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021).

Como mencionado anteriormente, não se pode perder de vista que as formalidades são exigidas para proteger o administrado. Contudo, formalidades não devem ser usadas para dificultar o exercício de direitos.

Esta flexibilização é o que tanto doutrina, como jurisprudência administrativa¹³, tem chamado de “*formalismo moderado*”. Afastar o formalismo exagerado e buscar a verdade material são movimentos atuais do direito administrativo e dos procedimentos de licitação.

É neste contexto que os requisitos de habilitação devem ser os mínimos necessários para executar o objeto, para demonstrar a capacidade do interessado em executar o contrato.

¹³ O Tribunal de Contas da União tem se manifestado no seguinte sentido: “Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.” (TCU, Representação nº 357/2015, Tribunal Pleno, Min. Rel. Bruno Dantas, DJe 04/03/2015). “Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências.” (TCU, Representação nº 2302/2012, Tribunal Pleno, Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, DJe 29/08/2012). “Não se desclassifica propostas de licitante pelo descumprimento de exigências pouco relevantes, em respeito ao princípio do formalismo moderado e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração.” (TCU, Representação nº 11907/2011, Segunda Câmara, Min. Rel. Augusto Sherman, DJe 06/12/2011). “A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.” (TCU, Relatório de Auditoria nº 5181/2012, Primeira Câmara, Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues, DJe 28/08/2012). “Constitui-se excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida.” (TCU, Representação nº 1924/2011, Tribunal Pleno, Min. Rel. Raimundo Carreiro, DJe 27/07/2011).

No âmbito da habilitação devem ser feitas as exigências apenas necessárias para assegurar uma contratação qualificada sem, contudo, restringir ou causar exclusão indevida.

O objetivo é o de identificar se a parte interessada está regularmente constituída (habilitação jurídica), se cumpre com suas obrigações fiscais e trabalhistas (habilitação fiscal e trabalhista), se possui condições econômicas para assumir as obrigações decorrentes do objeto (habilitação econômica) e, por fim, se detém capacitação técnica para executar o contrato conforme as especificações técnicas trazidas pelo edital (habilitação técnica).

Trata-se, pois, de auferir se a parte que apresentou a melhor proposta detém a devida aptidão para contratar com a Administração Pública e executar o objeto licitado.

Movimentações contemporâneas do direito administrativo assinalam para a simplificação de processos e exigência formais. Dão preferência ao conteúdo dos atos administrativos ao invés das formas. Trata-se, na verdade, de um abandono da tradição excessivamente formalista até então arraigada nas práticas da administração pública brasileira e oriundas do direito administrativo francês (MENEZES, 2012).

Exemplo nesse sentido é da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que objetivou assegurar a liberdade econômica como regra, impondo que exigências regulatórias fossem estabelecidas - apenas e tão somente - na medida do estritamente necessário, de modo que o formalismo excessivo não sirva de obstáculo à efetivação de direitos e à garantia do interesse público (CUEVA, et. all, 2020).

Diante deste contexto de afastamento do formalismo excessivo, o pregoeiro ou comissão julgadora, não só podem, como devem determinar – com base nos princípios da oficialidade e da verdade material – a realização de diligências para obter informações fidedignas capazes de subsidiar suas decisões em busca da verdade real.

Este dever de diligência que está expresso na Lei nº 8.666/1993 (art. 43, §3º) foi mantido pela Lei nº 14.133/2021 (art. 64, §1º) como papel da comissão responsável pela licitação. Assim, em havendo dúvidas, a comissão responsável pela licitação tem a faculdade de realizar diligência para esclarecer a documentação existente objetivando a contratação da proposta que seja a mais vantajosa para a Administração Pública.

A realização da diligência é, na verdade, um poder-dever da Administração e um direito do particular que deve ser executado para evitar uma inabilitação que possa ser prejudicial para a Administração, já que a inabilitação de licitantes deve ser medida de caráter

excepcional (MEDAUER, 2018) quando os licitantes oferecem o mesmo produto ou serviço para a administração nos exatos termos das especificações técnicas editalícias.

Quando este poder-dever não é executado, a sociedade perde como um todo, dado que, muito provavelmente, o órgão licitante não contratará a melhor e mais vantajosa proposta obtida na licitação, já que o ponto central, aqui, é o de viabilizar que o órgão contratante obtenha a informação necessária. Obtida a informação que lhe garanta conhecer os principais aspectos do potencial contratado – como a capacidade e aptidão para desempenhar o objeto de cada caso –, o interesse público envolvido pode ser concretizado sem que o mero formalismo documental, inócuo e despropositado (JUSTEN FILHO, 2021).

Este ponto central, aparentemente, não foi visto na decisão da representação TC/000127/2019, em que a licitante, então representante, foi desclassificada do certame por suposta inexecuibilidade da proposta¹⁴. No mesmo sentido, no TC/010275/2019, em que se deliberou pela desclassificação da licitante, tendo em vista que a proposta não foi apresentada nos exatos termos do Edital¹⁵. Em ambos os casos, o excesso de formalismo acabou por permitir que o órgão licitante não contratasse a melhor e mais vantajosa proposta para a Administração.

6. PRAGMATISMO: UMA OPORTUNIDADE PARA A SOCIEDADE NAS MÃOS DO ÓRGÃO DE CONTROLE

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo é órgão dotado de autonomia com protagonismo em temas ligados à Administração Pública do maior município brasileiro. Dentre as suas competências está a de avaliar e julgar a legalidade das contratações públicas municipais.

A partir da análise do recorte metodológico o que se aúfere nesta investigação é que este órgão de controle possui uma atuação *formalista*, aqui considerada a mera aplicação estrita e formal da lei e regras editalícias e menos *consequencialista*, aqui considerada como situações

¹⁴ Seguindo o entendimento dos órgãos técnicos, entendeu-se pela improcedência do pedido, afirmando que a desclassificação foi adequada, diante da insuficiência de funcionários e da metodologia de cálculo adotada pela licitante, a despeito da licitante ter apontado que sua proposta seguia os critérios gerais e que o edital estava repleto de critérios subjetivos

¹⁵ Trata-se de representação proposta em face de pregão voltado à contratação de serviços de pintura/reparação de superfícies pichadas, se insurgindo contra a decisão que a desclassificou do certame. A desclassificação decorreu (i) da não apresentação de proposta no modelo do edital e da não apresentação das declarações constantes; (ii) da não indicação do percentual de mão de obra para o item 2 da planilha; (iii) da não consideração dos percentuais de descanso semanal remunerado na taxa de encargos sociais.

que ultrapassam o quanto prescrito na forma da lei com o objetivo de se buscar pragmatismo e eficiência previsto na LINDB.

A alteração da LINDB, ocorrida em 2018 pela chamada lei da segurança jurídica, teve por objetivo contribuir para o pragmatismo na atividade administrativa e para a criação de um ambiente institucional mais favorável à inovação, segurança jurídica e efetividade da ação estatal. São mudanças que buscaram trazer para a nossa sociedade e ao processo decisório um choque de realidade, com a redução do subjetivismo e a superficialidade das decisões (MARQUES NETO et al., 2019).

As introduções dos artigos 20 e 21 na LINDB vieram lembrar que, na aplicação de normas de gestão, não necessariamente existe uma solução única a ser tomada pelo gestor-decisor. Os textos legais afirmam que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Diante deste cenário real do mundo dos fatos, considerando que uma mesma norma pode ser interpretada e aplicada com matizes diversas e que sejam igualmente válidas na perspectiva jurídica, implicando diferentes soluções possíveis para um mesmo caso, necessário se faz que os decisores tenham o pragmatismo e uma análise consequencialista decisória.

Os dispositivos acima transcritos determinam que, ao decidir a partir de parâmetros legais abstratos – parâmetros que acabam comportando soluções diversas –, a autoridade decisora tem o dever de motivar explicitando a necessidade e adequação da solução escolhida e apontar as consequências da solução a ser adotada com as alternativas igualmente viáveis. Quer dizer, o conteúdo da motivação deve buscar pela adequação da solução, inclusive a partir das alternativas disponíveis (PEREIRA et al., 2018).

Os comandos do *caput* do art. 20 – motivação com explicitação da necessidade e adequação da decisão – e do parágrafo único – cotejo com soluções alternativas – devem ser

interpretados conjuntamente. Disso decorre que, em havendo uma alternativa menos onerosa ou mais vantajosa, deve-se optar pela alternativa, sob pena de nulidade da decisão pelo descumprimento dos parâmetros de necessidade e adequação (MARQUES NETO et al. 2019).

Da mesma forma deve ser a interpretação dos comandos do *caput* do art. 21 – que visa conferir uma racionalidade ao processo administrativo – e o parágrafo único – que tem o dever de convalidar atos sanáveis e mitigar formalismo excessivo.

Neste contexto, o pragmatismo é fundamental uma vez que sai do pensamento abstrato e ingressa na realidade e concretude do problema¹⁶. Obriga que a contextualização e a fundamentação motivada sejam exercidas pelos tomadores de decisão (ARGUELHES et al., 2009). Fomenta o empirismo e afasta a utopia da realidade social e econômica (ARAÚJO et al., 2019):

[...] os pragmatistas entendem que as ideias têm a natureza de hipóteses, respostas provisórias para cada evento e cada circunstância que se apresentem sob a forma de problemas a serem resolvidos. A sobrevivência do indivíduo, seu êxito ou fracasso, seus acertos ou erros, não dependem de um conhecimento autônomo a priori, mas, sobretudo, da possibilidade de ajustar a sua inteligência ao desafio das situações problemáticas com que se defronta, procurando antever as possíveis consequências resultantes das alternativas comportamentais que vier a adotar. Por conseguinte, a ênfase que o Pragmatismo atribui às consequências que se possa deduzir de uma determinada situação e dos efeitos que possam produzir no mundo real constitui o núcleo da sua proposta filosófico-metodológica.

A análise consequencialista e o pragmatismo atribuem maior relevância e importância às ideias. Dão a concretude final destas sob um olhar de viabilidade prática e executória. Buscam a verdade material e não apenas a formalidade. O excesso de formalismo é, portanto, algo a ser combatido em prol da sociedade, de modo a mitigar um pouco do impacto dos custos que todos os direitos geram para a sociedade¹⁷.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁶ José Vicente Santos de Mendonça anota que: “O pragmatismo é uma filosofia das consequências, da experiência e da ação, mas é também, e principalmente, uma filosofia da transformação. Nada mais distante do pragmatismo filosófico do que uma postura de tibieza e distante da realidade e do conformismo, “render-se aos fatos”. (MENDONÇA, 2014).

¹⁷ Sobre o impacto e custos dos direitos, vide NABAIS, 2014 e HOLMES et al, 2021. Para críticas ao consequencialismo jurídico vide SOUZA NETO, 2006. Pela defesa do pragmatismo, vide MARTINS, 2021.

O estudo objeto deste trabalho demonstrou não haver alteração no padrão decisório contemporâneo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo após a introdução das alterações da LINDB.

É possível afirmar que no âmbito da temática em estudo existem evidências que demonstram que as flexibilizações e inovações contemporâneas ainda não estão inseridas no dia a dia desta Corte de Contas Municipal.

Existe um parâmetro decisório majoritário de como tendem a ser tomadas as decisões de casos concretos que versam sobre a inabilitação de licitantes em licitação na modalidade pregão, qual seja, a do *formalismo*. Este padrão enseja custos relevantes e não privilegia a busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O que se coloca em perspectiva, aqui, é a oportunidade de se realizar uma espécie de racionalização argumentativa que considere uma análise consequencialista mais ampla das decisões da Corte de Contas em questão, de modo a compatibilizá-las com uma maior segurança jurídica na inabilitação de licitantes em pregões e um pragmatismo que favoreça a proposta mais vantajosa para as contratações da Administração Pública.

A busca da verdade material e uma análise consequencialista é uma oportunidade que deveria prevalecer sobre o formalismo exagerado e sobre decisões meramente principiológicas e formalistas.

Este pragmatismo confere maior segurança jurídica na aplicação das decisões e tem reflexo direto na sociedade dado que as decisões proferidas com esta análise consequencialista são capazes de debater racionalmente as implicações e os impactos diversos que muitas das decisões proferidas sem a racionalidade consequencialista e com conceitos jurídicos indeterminados e abstratos criam no mundo dos fatos.

Para que isso ocorra os tomadores de decisão precisarão enfrentar esta temática nos casos concretos. Talvez não seja simples o começo. Mas esse primeiro passo é necessário. Até para que inovações e avanços introduzidos pela LINDB e pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos possam ser efetivamente implementados no Brasil.

8. REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Modalidades e rito procedimento da licitação**. In Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21 / Edgar

Guimarães et all; coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.76-77.

ARAÚJO, Clarice von Perten de; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra (orgs.). **Reflexões sobre o Pragmatismo Filosófico e Jurídico**. Curitiba: CRV, 2019. p. 43.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial**: Caracterização, estratégias e implicações. Rio de Janeiro, 2009, P. 176-178.

CÂMARA, Jacintho Arruda in JOTA. 16/03/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-menor-preco-nao-e-mais-o-mesmo-16032021>.

CUEVA, Ricardo Villas Boas, FRAZÃO, Ana e SALOMÃO, Luiz Felipe. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights – Why Liberty depends on Taxes**. New York: Norton, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 773

_____. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 792

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **O edital**: exigências possíveis e necessárias para licitar. In GARCIA, Maria (coord.) Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos. Capítulo VI. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995. p 107-108.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n. 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 8-19.

_____. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei de Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 32.

MARTINS, Fábio Andrade. **O pragmatismo jurídico como método argumentativo de justificação da tomada de decisão pelo aplicador da norma geral antielisiva**. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 9, n. 1, p. 245-260, jan./jun. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 167-168.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 42.

MENEZES, Fernando. **Contratos administrativos nos dias atuais.** Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão.** São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2010. p. 25.

_____. **Licitação na modalidade de pregão.** São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2010. p. 89.

_____. **Licitação na modalidade de pregão.** São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2010. p. 143.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** E-Pública: Rev. Eletrônica de Direito Público. v. 1, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Artigo%20A%20face%20oculta%20%20...%20Casalta%20Nabais.pdf>.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **ARTIGO 20.** In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança Jurídica e Qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática.** Senado Federal: Brasília, 2015, p. 33-34. Em: <http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685.** Interesse Público v. 37, p.87: Porto Alegre, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo.** RDP 84/64-74. São Paulo, Ed. RT, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld e GIAZOMUZZI, José Guilherme. **O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: Fórum, ano 16, n.º 62, p. 39-41, abr/jun, 2018.

Brasil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 08.06.2022.

Brasil. Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08.06.2022.

Brasil. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em 08.06.2022.

Brasil. Lei Federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em 08.06.2022.

Brasil. Lei Federal nº 13.665 de 26 de abril de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 08.06.2022.

Brasil. Decreto Federal nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm. Acesso em 08.06.2022.

Brasil. Lei Federal nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em 08.06.2022.

Submetido em 08.06.2022

Aceito em 13.10.2022