



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ANTONIO RICARDO LIMA ARAUJO

**A INCIDÊNCIA DA LEI DE N. 13.655/2018 SOBRE O
CONTROLE DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA
EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

SALVADOR/BA

2019

ANTONIO RICARDO LIMA ARAUJO

**A INCIDÊNCIA DA LEI DE N. 13.655/2018 SOBRE O
CONTROLE DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA
EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Licitações e
Contratos Administrativos

SALVADOR/BA

2019

ANTONIO RICARDO LIMA ARAUJO

**A INCIDÊNCIA DA LEI DE N. 13.655/2018 SOBRE O
CONTROLE DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA
EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em
Licitações e Contratos Administrativos, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, 18 de fevereiro de 2019

“Estudar exige disciplina. Estudar não é fácil, porque estudar pressupõe criar, recriar e não apenas repetir o que os outros dizem.” (Paulo Freire)

RESUMO

O presente trabalho acadêmico abordará a incidência da Lei de n. 13.655/2018 sobre o controle dos contratos de obra pública exercido pelo Tribunal de Contas da União, bem como tratará das recentes alterações no ordenamento jurídico e os aspectos mais relevantes trazidos por esta lei. O presente tema se mostra bastante relevante, posto que a Lei de n. 13.655/2018 adicionou 10 artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os quais visam assegurar a segurança jurídica na aplicação das normas de Direito Público, bem como a eficiência e efetividade das decisões delas decorrentes, considerando sempre as consequências advindas de tais decisões. Assim, objetiva-se com o presente estudo o esclarecimento sobre o tema, bem como o entendimento das alterações advindas com a Lei n. 13.655/2018, os quais impactam diretamente na aplicação do direito nas esferas administrativas, de controle e judicial. Pauta-se o trabalho de conclusão em uma metodologia de pesquisa básica, utilizando-se de uma abordagem qualitativa, através da análise da legislação, da jurisprudência, da doutrina, bem como de artigos jurídicos.

Palavra-chave: Contratos Administrativos; Tribunal de Contas da União; Contrato de Obra Públicas; Consequencialismo; Segurança jurídica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS.....	10
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	10
2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	15
2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	18
2.4 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	23
3 O CONTROLE DOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS EXERCIDO PELO TCU.....	26
3.1 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	27
3.2 O CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NA NOVA ORDEM ADMINISTRATIVA.....	33
3.3 A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS.....	43
3.4 SANÇÕES APLICÁVEIS E DEMAIS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS.....	48
3.5 SUSPENSÃO CAUTELAR DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.....	52
4 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.655/2018.....	59
4.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI N.13.655/2018.....	59
4.2 CONSEQUENCIALISMO.....	62
4.2.1 Motivação das Decisões	66
4.3 SEGURANÇA JURÍDICA	69
5 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

Em face das novas conjunturas do século XXI, das novas demandas da sociedade e das novas necessidades que impõem uma atualização do modo de proceder do Estado, através de seus representantes, o estudo e pesquisa deve-se estar atento aos acontecimentos para serem atores ativos no desenvolvimento da sociedade.

A par disso, pode-se dizer que a Administração Pública passa por severas modificações em razão da evolução social e da necessidade de um Estado capaz de garantir os anseios da sociedade moderna. Em consequência disso, o Direito Administrativo também vem sendo reformulado para que, com novas interpretações, possa garantir uma melhor Administração dos recursos públicos e da sociedade.

Assim, em razão dessas novas necessidades é atribuída à Administração Pública uma nova roupagem, de modo a exigir uma atuação direcionada ao público e não mais orientada às suas próprias necessidades. As Constituições Federais trouxeram inovações em busca da maior efetividade da atuação da Administração Pública, mas a de 1988 foi a que deixou mais evidente essa necessidade de mudança de perspectiva, sobretudo com o extenso rol de direitos sociais, demonstrando uma valorização do cidadão.

Desta forma, surge a administração gerencial com a necessidade de afastar o procedimento pelo procedimento e valorizar o processo pelos fins que busca atingir, ou seja, é a ideia de que os procedimentos administrativos devem ser justificados pelos objetivos a serem alcançados pelo Estado.

Essa mudança de perspectiva precisa atingir todos os órgãos que compõem o Poder Público, principalmente os órgãos de controle, uma vez que podem criar um entrave na gestão pública com mecanismos burocráticos e ineficientes. De outro modo, podem contribuir para uma gerencia administrativa proba e para a observância do ordenamento jurídico, sem prejudicar a eficiência da gestão.

Nesse sentido, o presente trabalho científico procura estudar as inovações advindas com a Lei n. 13.655/2018, e os possíveis impactos ocasionados por esta Lei

no controle exercido pelo Tribunal de Contas da União e mais especificamente nos contratos de obra pública.

Sendo o Tribunal de Contas o órgão de controle que tem como atribuição a fiscalização dos recursos públicos eles também devem passar por uma reformulação para atender às novas necessidades da administração gerencial. Isso por que a atuação deste Tribunal impacta definitivamente no desenvolvimento econômico do país e, por consequência, no desenvolvimento social.

Nesse sentido, o presente trabalho tem a pretensão de trazer as discussões mais recentes acerca dos impactos causados pela Lei n. 13.655/2018

Por todo o exposto acima, verifica-se a necessidade do estudo proposto pelo presente trabalho científico, uma vez que a alteração legislativa é recente e o tema é pertinente, podendo, com isso, exigir um novo posicionamento do Tribunal de Contas da União quando da atuação na sua função de controle.

Para desenvolver a pesquisa quanto aos procedimentos foi utilizado, um estudo bibliográfico, embasados em publicações de livros, revistas, artigos da internet, jurisprudência, etc., com vistas a atingir os objetivos pré-estabelecidos, onde se valeu de um método experimental descritivo e abordagem qualitativa da análise do problema.

Desta forma, o trabalho foi dividido em três capítulos, que possuem o intuito de abordar, sem contudo esgotar o tema, os impactos da Lei n. 13.655/2018 sobre o controle dos contratos de obra pública exercido pelo Tribunal de Contas da União.

No primeiro capítulo fará uma abordagem das questões de ordem constitucional, quais sejam: o contexto histórico, e os princípios constitucionais da legalidade, da eficiência e da supremacia do interesse público.

Por conseguinte, no segundo capítulo será visto com mais profundidade o controle dos contratos de obra pública que é exercido pelo Tribunal de Contas da União. Inicialmente, com as considerações sobre controle da Administração Pública, mais adiante discorreremos sobre o contrato de obra pública na nova ordem administrativa.

Além disso, neste mesmo capítulo será tratado sobre a fiscalização dos contratos de obra pública realizados pelo TCU, bem como as possíveis sanções

aplicáveis e as providências a serem adotadas, sem deixar de mencionar as suspensões cautelares que podem ocorrer nos contratos de obra pública.

Por fim, no último capítulo será abordado as inovações trazidas pela nova Lei de n. 13.655/2018 que podem impactar no controle exercido pelo Tribunal de Contas da União nos contratos de obra pública.

2 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo será abordado as questões de caráter constitucional que são importantíssimas para compreender o cerne do presente trabalho. Inicialmente será trazido o contexto histórico

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

É imprescindível observar, antes de tudo, que, apesar das significativas mudanças ocorridas antes do sec. XVIII, foi a partir da Revolução Francesa que a Administração Pública e o Direito Administrativo passaram a sofrer severas reformulações. Quanto ao Direito Administrativo, é a partir do período iluminista que ele começa a surgir, pois antes, com a Monarquia inexistiam determinações legais que obrigassem ou desobrigassem os governantes a adotar qualquer postura.

As novas ideias iluministas, entretanto, fazem aparecer normas gerais e princípios a serem adotados pelos Administradores, mesmo que de forma tímida. Entretanto, uma peculiaridade que vale a pena ser destacada é o fato de que os próprios administradores julgavam os conflitos entre eles e os administrados, sem a interferência do Poder Judiciário, o que só veio a ocorrer um século depois.

O Direito Administrativo, em sua origem aparece como um conjunto de prerrogativas do Estado, com pouquíssimas limitações e colocando-o como privilegiado perante o cidadão comum.

Tal percepção pode-se extrair da análise de Bandeira de Mello, ao afirmar que:

Compreende-se, então, à vista das razões enunciadas, que houvesse irrompido a impressão de que o Direito Administrativo seria um direito armado ao propósito de investir o Estado, os detentores do Poder, na posse de um instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados.¹

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

Mais tarde, Léon Duguit surge com a ideia de que o Estado se resumiria a serviço público, o que representa as primeiras impressões do Estado a serviço da coletividade, em prol do cidadão e não como um fim em si mesmo².

Começa então a nova visão dos poderes do Estado, no sentido de que as prerrogativas da Administração têm como fundamento a satisfação dos anseios da sociedade e não os desejos da própria Administração. Deste modo, o poder do Estado representa apenas um instrumento, uma “via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal”³.

O Brasil sofre a influência europeia e extingue a jurisdição administrativa com o advento da República, consagrando o monopólio do judiciário.

Até então as determinações legais voltadas para o Estado se destinavam a limitar a sua atuação, caracterizando o Estado Liberal. Mas, os novos desafios da Administração Pública surgem com o Estado de Bem-Estar Social, sobretudo com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919. Com isso, a atuação do Estado passou a ser mais efetiva, de modo a garantir os direitos sociais.

A Constituição brasileira de 1988 aumentou significativamente os direitos sociais, o que exige uma maior atuação positiva do Estado e consagra definitivamente a ideia de que o Estado só funciona e só possui prerrogativas para satisfazer fins maiores do que seus próprios interesses, que são os direitos do cidadão.

A necessidade de uma nova postura do Estado exigiu uma reformulação da estrutura e da atuação do Poder Público, o que veio a ocorrer no Brasil na década de 1990, como uma consequência do processo de redemocratização do país e por causa das próprias previsões da Constituição cidadã no final dos anos 1980.

As principais críticas que sempre recaíram sobre a Administração brasileira foram a dominação do aparato estatal pela elite, sejam eles civis ou militares, que gerenciavam o erário de acordo com seus interesses pessoais e não em prol do povo. Além disso, a excessiva burocracia que sob o falso argumento de garantir a

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

legalidade, impedia a atuação do Estado de forma mais eficiente, sendo um entrave para a prestação do serviço público.

A burocracia excessiva é vista como fiel aos pressupostos administrativos que “impedia ou retardava a ação administrativa em favor de seu objetivo precípua, qual seja, a adequada prestação dos serviços públicos”.⁴

A Administração burocrática, entretanto, não é recente, pois nasceu para substituir a administração patrimonialista das Monarquias absolutas, em que não havia diferença entre o patrimônio dos reis e o do Estado. Portanto, foi uma saída encontrada para os anseios do Estado Social no final do século XIX e início do século XX.

Enquanto o Estado somente se limitava a não intervir na vida dos cidadãos a administração burocrática não era um problema, entretanto, quando a Administração Pública toma pra si o dever de garantir os direitos sociais e passa a intervir na economia, o Estado cresce significativamente. E é nesse momento que a administração burocrática impede uma atuação eficiente do Poder Público.

Nesse sentido, é lapidar o ensinamento de Bresser Pereira, ao afirmar que:

No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.⁵

Percebe-se então que quando o Estado assume novos papéis, surge uma grande necessidade de ter eficiência para que consiga atingir os objetivos que persegue, entretanto, com uma organização burocratizada a Administração Pública não consegue atingir tais objetivos.

Mas, a busca pela eficiência não justifica sozinha a falência do Estado burocratizado. Na verdade, um dos principais objetivos da burocracia estatal era

⁴ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Revista do Serviço Público, número 47, 1996, p. 5. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em 24 abril 2012.

impedir que o patrimônio público fosse apropriado por particulares, para evitar o que ocorria no estado patrimonialista.

Todavia, ao lado da falta de eficiência, a incapacidade para preservar do patrimônio público também representou o fracasso da Administração burocratizada. Ao revés, o engessamento do Estado é que impede uma fiscalização eficiente de modo a evitar a corrupção ou outras formas de apropriação do erário.

Diante disso o Estado burocratizado entra em crise e há necessidade de valorizar outros preceitos administrativos. No Brasil, a crise da administração burocrática toma força com o advento da Constituição de 1988, com o amplo leque de princípios administrativos e exigindo do Estado uma atuação muito maior que lhe era exigido antes.

Com isso, surge a administração pública gerencial, que se espelha no sucesso de empresas privadas que adotaram esse tipo de gestão no século XX e obtiveram sucesso. Mas a sua incorporação ao setor público deve ser adequada aos princípios constitucionais e administrativos, buscando a satisfação do interesse público.

Pode-se delimitar algumas características gerais da administração pública gerencial que, segundo os ensinamentos de Bresser Pereira, são elas:

É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os gestores públicos é o contrato de gestão.⁶

Nesse sentido, a administração gerencial busca atingir resultados, ao invés de concentrar sua atividade no processo, como faz a administração burocratizada. Esta atua “sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção”⁷.

A administração pública gerencial não deixa sem solução a questão do nepotismo e da corrupção. Na verdade, são problemas que devem ser combatidos,

⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Revista do Serviço Público, número 47, 1996, p. 8. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em 24 abril 2012.

⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Revista do Serviço Público, número 47, 1996, p. 8. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em 24 abril 2012.

mas não de forma engessada, como ocorre na burocracia, até porque hoje surgem outras formas de apropriação do dinheiro público, o que exige uma atuação mais enérgica do Poder Público para combatê-las. O que se defende com a administração pública gerencial é que o Estado não pode ser ineficiente sob o argumento de prevenir condutas que já são vedadas pelo ordenamento jurídico.

Além disso, a administração burocratizada concentra suas atividades na satisfação das suas próprias necessidades. Ao revés, a administração gerencial tem como foco o administrado, que é o fundamento do Estado e para o qual a Administração deve direcionar suas atividades.

Essa nova perspectiva coincide com os objetivos da nova administração pública trazidos por Odete Medauar ao afirmar que:

Algumas ideias de fundo devem nortear a *reforma administrativa*: Administração a serviço do público; Administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população, o que facilitará o combate à corrupção; economicidade e Administração de resultados; predomínio da publicidade sobre o segredo.⁸

Com isso, se percebe que a administração gerencial se coaduna com os novos anseios da sociedade e exige uma postura do Estado, menos patrimonialista e mais a favor dos interesses da coletividade.

A administração pública gerencial exige, portanto uma mudança na postura do Estado. Para tanto, é necessário uma reestruturação, com a definição clara das áreas em que o Estado irá atuar diretamente.

Com essas mudanças de perspectivas é lapidar os ensinamentos de Bruno Miragem, ao afirmar que:

O direito administrativo atual substitui a visão da relação de direito administrativo como *relação de poder* entre o Estado e os administrados, por uma noção de relação jurídica administrativa de gestão (*relação de gestão*), na qual, embora o Estado seja titular de prerrogativas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento, sua atuação vincula-se ao exercício destas prerrogativas nos exatos limites e modo que lhe são estabelecidos, visando aos fins sociais, e presidida sua atuação pelos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.⁹

⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

⁹ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

Em suma, a nova administração exige que os atos de gestão sejam voltados para a eficiência, a eficácia e a efetividade da Gestão Pública, com foco nos resultados.

Em busca dessas novas perspectivas o Estado brasileiro vem passando por mudanças na administração pública. Um marco dessa mudança é a Emenda Constitucional nº19 de 1998 que alterou significativamente o regime administrativo e incluiu o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal¹⁰

O que se percebe é que para que se possa considerar a Administração Pública como gerencial é necessário uma mudança de paradigmas. Sendo o primeiro, a saída do Estado legalista ao extremo, com a valorização do princípio da eficiência, e o segundo a adequação do princípio da supremacia do interesse público aos novos interesses do Estado.

Diante da nova forma como a Administração Pública se apresenta, surgem novos princípios e os já existentes são reformulados.

2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, talvez tenha sido o primeiro princípio administrativo, pois, como vimos anteriormente, após a Revolução Francesa extingue-se a liberalidade dos administradores na Gestão Pública que passam a ter que seguir determinações legais. É verdade que no início as normas previam mais prerrogativas do que deveres, mas de qualquer forma representa os primeiros passos do princípio da legalidade.

Entre os séculos XIX e XX o princípio da legalidade toma forma e, primeiro, passa a restringir a atuação do Estado, ao mesmo tempo em que determina condutas a serem adotadas pela Administração Pública; depois, com mais força, o princípio da legalidade impede que o Estado atue fora das determinações legais. Deste modo, o agente público só pode fazer o que for permitido por lei.

¹⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Mais recentemente, o princípio da legalidade passou a ser fundamento do Estado de Direito ou, mais ainda, seria “aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”¹¹.

A Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, diferente da legalidade para o cidadão, que pode fazer tudo que não seja vedado pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Paulo Modesto, assevera que:

É de domínio comum a afirmação segundo a qual, ao contrário do que sucede aos particulares, *para a Administração Pública a lei não é limite*, mas um *pressuposto de atuação*. A Administração Pública somente pode atuar e prosseguir os fins previstos em lei. Os particulares podem fazer, ou omitir, desde que a lei não os obrigue ou proíba o contrário. Nessas fórmulas resume-se parte relevante do *saber convencional* sobre o assunto.¹²

Bandeira de Mello, por sua vez, define o princípio da legalidade como a “consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal”¹³

Mais adiante o mesmo autor esclarece que o dever da Administração vai mais além do que não violar a lei, na verdade “além de não poder agir *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*”.¹⁴

Odete Medauar traz o que seriam os significados clássicos do princípio da legalidade, quais sejam:

[...] a) a Administração só pode editar atos ou medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.¹⁵

O princípio da legalidade, portanto, condicionaria a atuação da Administração Pública às determinações do Poder Legislativo, uma vez que só poderia agir da

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

¹² MODESTO, Paulo. **Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa**, 2010, p. 119.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 136.

maneira previamente estabelecida em lei. Os dois últimos significados representam bem essa concepção estrita do princípio da legalidade.

No Estado atual não se pode restringir a atuação da Administração Pública dessa forma, não se pode reduzir seu significado a mero executor da lei. Deste modo, “o último significado – a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena – se predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração” (MEDAUAR, 2012, p.136). O terceiro significado – somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada explicitamente por norma legislativa – seria exatamente a redução do Executivo a mero executor da lei.

Dessa forma, esses dois significados devem ser afastados de imediato, permanecendo somente os dois primeiros, sendo que o mais adequado seria o segundo – a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza – pois daria à Administração uma liberdade maior, uma vez que caberia ao gestor público decidir qual ato será realizado e qual o seu conteúdo.

Ainda assim, com as novas necessidades da sociedade e, principalmente, com a necessária adoção de uma administração gerencial, percebe-se que o princípio da legalidade está em crise, pois “ao se reconhecer o papel central da Constituição e a normatividade dos princípios constitucionais, a legalidade deixa de ser o único parâmetro para verificação da validade da atuação administrativa” (OLIVEIRA, 2011, p.63).

O sistema jurídico passa a ser analisado como um todo, até porque novos preceitos e princípios surgem no Estado Moderno e a legalidade estrita passa a ser um entrave para uma gestão eficiente, ágil e voltada para o interesse público. Nesse sentido, Rafael Oliveira (2011, p.64) afirma que “é lícito afirmar que o princípio da legalidade encontra-se atualmente contido em um princípio mais amplo, que traduz com maior fidelidade a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico: o denominado ‘princípio da juridicidade’”.

Assim, a legalidade para a Administração Pública toma outra forma, atualmente concebida como princípio da juridicidade, que seria a necessidade de atuação do Poder Público de forma compatível com o ordenamento jurídico como um todo.

É salutar o ensinamento de Paulo Modesto (2010, p.130) ao afirmar o seguinte:

[...] o controle da discricionariedade e da atuação administrativa como um todo, inclusive em matéria organizatória, sujeita-se não apenas à legalidade, como o leigo supõe, mas a condicionamentos variados, decorrentes dos demais princípios positivamente reconhecidos no sistema jurídico nacional.

Com isso, a legalidade a ser observada pela Administração não pode ser limitada a estrita previsão legal. Ao revés, deve ser mais abrangente, de modo que a atuação do Poder Público observe, além dos princípios expressos, também os princípios administrativos implícitos, assim como se utilize da hermenêutica teleológica e verifique os objetivos que a norma busca atingir. E é exatamente essa a determinação do princípio da juridicidade.

Percebe-se, portanto, uma evolução da vinculação da Administração Pública ao Direito, uma vez que no início havia a liberdade absoluta. Posteriormente, verifica-se a legalidade com privilégios que desemboca na legalidade estrita e, a nova ordem administrativa demonstra que o Poder Público deve verificar outros parâmetros no momento de sua atuação e não só a estrita legalidade, mas é claro, vinculado ao ordenamento jurídico como um todo.

Importante destacar que a chamada crise do princípio da legalidade não significa a sua extinção, mas sim a sua reformulação, de modo que se adeque às novas necessidades da Administração Pública, sobretudo da administração gerencial. Isso porque, a crise diz respeito ao seu conceito antigo e as novas formas que toma o referido princípio.

A partir do momento em que o princípio da legalidade (ou da juridicidade) exige a conformação da conduta do administrador com o ordenamento jurídico como um todo e não mais com uma norma específica, os princípios constitucionais passam a fazer parte da análise da legalidade dos atos da Administração Pública. Dentre tais princípios surge o princípio da eficiência como um novo paradigma da atuação do gestor público.

2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A eficiência passou a ser considerado um princípio administrativo a partir de 1998, inserido no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº19.

Entretanto, esse princípio sempre foi valorizado pela ordem constitucional, que inclusive traz sua previsão em outras passagens¹⁶.

O princípio da legalidade toma novas formas e o princípio da eficiência se reforça, pois no Estado moderno “a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito aos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional”¹⁷

Nesse sentido, os dois princípios são consequências de um mesmo fato: a mudança de percepção da atuação da Administração Pública, sobretudo, na mudança da administração burocrática para a administração gerencial, uma vez que não se exige mais o processo pelo processo, mas sim um procedimento em busca de um fim específico.

Essa mudança de paradigma ocorre, principalmente, por causa da globalização e dos desdobramentos sociais desse fenômeno. É preciso observar, quanto a isso, que o mundo vive uma revolução nos meios de comunicação desde o final do século passado, de modo que aproximou severamente as populações.

De acordo com os ensinamentos de Moreira Neto a globalização gera algumas consequências encadeadas, vejamos:

[...] as populações passam, sucessivamente, *a ter amplo acesso ao conhecimento*, e, porque o conhecimento as muda irreversivelmente, *a tomar consciência de seus interesses, a reivindicar participação e, como decorrência, a se organizar* cada vez mais e a exigir, no final desta cadeia causal, *eficiência* dos governos no atendimento de suas necessidades.¹⁸

A garantia dos direitos sociais só ocorreu em termos teóricos, com a previsão constitucional, pois na prática o Estado encontra grande dificuldade em satisfazer os direitos sociais por causa dos entraves encontrados na administração burocrática. Com a globalização a sociedade percebe que o Estado não satisfaz os direitos previamente estabelecidos nas Constituições e exige uma atuação eficiente, voltada para os resultados e para a satisfação dos direitos sociais.

¹⁶ A título exemplificativo podemos citar o art. 74, II e o art. 144 §7º, ambos da Constituição Federal.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 108/9.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 100.

Assim, o princípio da eficiência passa a ser exigido pela sociedade para que seus direitos sejam efetivados. O formalismo passa a ser deixado de lado para dar lugar à busca de resultados pelo Estado.

Cumprido ressaltar que, assim como a administração gerencial, a eficiência antes de ser aplicada na estrutura administrativa e no modo de comportamento dos gestores públicos, começa a ser aplicada na economia. Moreira Neto, ao abordar o tema, traz algumas diretrizes deste princípio no âmbito da economia, são elas:

1. a necessidade de remover o entulho *protecionista* acumulado pelo modelo do Estado do bem-estar social;
2. a necessidade de reduzir os *custos de pesquisa e de produção*;
3. a necessidade de os países em desenvolvimento *enfrentarem solidariamente a competição* com grandes países ou blocos de países;
4. a necessidade de *transformar qualitativamente os fluxos de comércio* com o objetivo de priorizar os fatores de produção competitivos em cada país.¹⁹

No âmbito da Administração Pública, a eficiência não se limita ao resultado por si só. Na verdade o resultado será consequência de outro aspecto do princípio da eficiência que é uma atuação rápida e ágil da administração pública. Atuando dessa forma é que o Estado conseguirá atingir os melhores resultados para a satisfação das necessidades dos cidadãos.

Com isso, pode-se citar alguns benefícios do princípio da eficiência, dentre os quais Miragem destaca alguns, sendo eles:

Primeiro, pela perspectiva de atualização da Administração Pública, de modo a influir em modelos de gestão focados em metas e resultados, inclusive mediante sua contratualização entre os órgãos de administração superior e os agentes públicos responsáveis pelo alcance dos objetivos definidos. E, do mesmo modo, orienta a otimização dos recursos financeiros como base da atuação administrativa. Por fim, permite avaliar a própria conduta do agente público, não mais sob o critério formal tradicionalmente associado ao exame sobre o modo de exercício do poder, vinculado a legalidade ou discricionário, subordinado a decisão do administrador, mas em vista dos resultados alcançados.²⁰

O princípio da eficiência, portanto, incide sobre três pontos primordiais na Administração Pública: o alcance de resultados; a melhor utilização dos recursos públicos; e um controle mais eficiente sobre os atos dos gestores públicos.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107/8.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 42/3.

O alcance dos resultados aparece como principal objetivo do princípio da eficiência, sendo que para alcançá-lo deve ser afastado o formalismo pelo formalismo, mas sem deixar de atender às determinações legais.

Como consequência dessa busca pelos resultados, há uma otimização dos recursos públicos. O princípio da eficiência exige também a realização das atividades em um menor tempo possível e com a melhor utilização de recursos para atingir os melhores resultados.

Por fim, o controle dos atos da administração não se limitará a verificar se o formalismo foi preenchido, se o processo previamente previsto em lei foi estritamente realizado. Ao revés, a análise deverá ser feita verificando se os resultados pretendidos pela administração ou pela norma foram devidamente atendidos.

Sobre esse aspecto, é possível perceber que o Tribunal de Contas da União vem adotando o princípio da eficiência e o princípio da economicidade para realizar o controle sobre os atos da administração.

A título exemplificativo, em um processo de apuração de denúncia que revela desperdício de recursos públicos, o relator Lincoln Magalhães da Rocha, afirma que:

De fato, submetido ao princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF/88), tem o administrador público o dever de, dados os recursos disponíveis, pautar suas ações de forma racional visando obter os melhores resultados. Não bastasse esse cuidado, obriga-se o gestor, paralelamente, a observar outro princípio de idêntica relevância: o da economicidade. Tais princípios, embora não se confundam, aproximam-se, visto que ambos propugnam pelo desempenho administrativo célere e econômico, elevando a relação custo/benefício do trabalho público.²¹

Mais adiante, o relator, ao proferir sua decisão afirma que “a nosso juízo, deve o administrador, titular do poder disciplinar, manter os procedimentos de apuração das infrações relatadas, desde que não se olvidem os aludidos princípios da eficiência e da economicidade”²².

²¹BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1589/2003-Plenário TCU**. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Publicado em: 22 de outubro de 2003. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-16882/DTRELEVANCIA%20desc/false/1. Acesso em: 14 de janeiro de 2019.

²² BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1589/2003-Plenário TCU**. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Publicado em: 22 de outubro de 2003. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-16882/DTRELEVANCIA%20desc/false/1. Acesso em: 14 de janeiro de 2019.

Assim, se percebe que o princípio da eficiência já encontra-se consagrado pelo ordenamento brasileiro e vem sendo utilizado como parâmetro dos órgãos de controle.

Além disso, o que se pode destacar como principal ponto é que o princípio da eficiência “determina, do ponto de vista jurídico, à introdução na Administração Pública de técnicas de gestão de resultados e de um dever jurídico geral de conduta finalística, conduzida ao interesse público”²³

Uma interpretação equivocada do princípio da eficiência pode levar a entender que a sua consagração significa a extinção do princípio da legalidade. É o que tem ocorrido, pois “o princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada”.²⁴

Os princípios constitucionais não podem ser analisados isoladamente sem levar em consideração o sistema como um todo e os demais princípios, senão a interpretação de um princípio acabaria aniquilando outro. Desta forma, “impõe-se um exercício de harmonização entre os diversos princípios que informam o regime jurídico-constitucional administrativo”²⁵ para que não haja uma desestruturação do todo normativo.

Logo, quando se defende o princípio da eficiência não se pretende desconsiderar o princípio da legalidade. Ao contrário, a defesa da eficiência é uma defesa da própria norma constitucional que a prevê como ditame a ser obedecido pela administração pública. Portanto, “os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”²⁶

E mais, o princípio da eficiência se coaduna perfeitamente com a nova roupagem do princípio da legalidade, pois ambos objetivam a extinção de formalismos como fins em si mesmos e buscam uma atuação administrativa mais voltada para a satisfação do interesse público.

²³ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

²⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 142

²⁵ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 1ª ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004, 110.

²⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 142.

Com isso surge uma ideia de legalidade finalística, segundo a qual o gestor público deve agir de modo a alcançar os melhores resultados, mas sem violar as determinações do ordenamento jurídico. É o que se extrai dos ensinamentos de Diogo Moreira Neto, ao afirmar que:

*A satisfação do resultado é, por isso mesmo, hoje alçada a tema sensível de legalidade finalística e objeto da atenção de legisladores em vários países, entrelaçando os princípios da legalidade, da legitimidade, da finalidade, da economicidade e da eficiência com vistas a que os direitos fundamentais que requeiram prestações do Estado não sejam desatendidos ou sejam apenas atendidos limitadamente ou postergados, segundo os humores dos gestores públicos de plantão.*²⁷

A Constituição Federal consagra essa análise conjunta dos princípios no art. 70, ao prevê que a fiscalização da Administração será feita quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Entende-se que a eficiência estaria junto com a economicidade.

Neste sentido, consagra-se aqui, a análise feita anteriormente de que o administrador público deve buscar os melhores fins tendo como limite o ordenamento jurídico como um todo. Não deve, portanto, conter a sua atuação e se distanciar dos fins que busca em prol de formalismos, desde que estejam em jogo interesses públicos.

Assim como o princípio da legalidade e o princípio da eficiência, o interesse público passa a ter uma nova roupagem com a administração pública gerencial. Até porque se tem falado em reformulação de tais princípios em razão da satisfação do interesse público. Portanto, a definição do que seria interesse público deve ficar bem delineada.

2.4 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da supremacia do interesse público também vem sendo reformulado para atender às exigências da nova administração. A nova forma de enxergar o interesse público é o motivo da mudança de perspectiva sob o ponto de vista dos atos

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 112.

da administração, pois toda a mudança na gestão pública ocorre exatamente para a satisfação desse interesse.

O interesse público é a razão de existir de Estado, no sentido de que os indivíduos permitem que haja uma limitação da sua autonomia em prol da comunidade, de modo que o Estado passa a representar cada cidadão individualmente em prol de toda a sociedade.

Tal supremacia já se percebe na concepção de Hobbes²⁸, segundo a qual o homem permitiria que sua liberdade fosse tolhida, transferindo para o Estado o direito de ditar as condutas dos cidadãos. Isso seria necessário para a conservação da vida humana e para uma vida mais saudável

Com isso, o Estado poderia ditar regras a serem seguidas por todos, pois teria a legitimidade para tutelar os interesses de toda a sociedade.

Apesar de seu sentido ser inerente ao conceito moderno de Estado (a partir do século XVIII), no Brasil o princípio da supremacia do interesse público só toma forma na década de 1960, a partir das formulações de Celso Antônio Bandeira de Mello, que passou a identificá-lo como um princípio jurídico²⁹

Esse princípio representa predominância do interesse público sobre o interesse particular, o que “permite a restrição, e até o sacrifício de interesses ou mesmo direitos individuais, para que seja cumprido um fim de interesse da coletividade”³⁰.

Ao tratar do interesse público, Bandeira de Mello traz a ideia de que ele é “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade”.³¹

Mais adiante o mesmo autor conceitua o interesse público “como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando

²⁸ HOBBS, Thomas. LEVIATÃ: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 182.

considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fatos de o serem”³²

Portanto, se percebe que o interesse público não é só a soma de todos os interesses individuais. Mais do que isso, ele é um interesse qualificado e se refere ao todo, por isso não há como o interesse público se chocar com todos os interesses particulares, mas só com algum deles individualmente considerados.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 182.

3 O CONTROLE DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EXERCIDO PELO TCU

O controle dos contratos de obra pública toma significativa importância a partir de 1997, quando as Leis de Diretrizes Orçamentárias passaram a obrigar o Tribunal de Contas da União a enviar à Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional informações sobre obras públicas financiadas, total ou parcialmente com recursos da União.

Estas obras devem ter sido objeto de fiscalização com indícios de irregularidades graves. Além disso, também deve enviar informações acerca da execução físico-financeira de projetos relevantes que constem nos orçamentos fiscal e da seguridade social.

Com isso o Tribunal de Contas da União iniciou acompanhamentos e auditorias de obras que constassem no orçamento da União, assim como passou a enviar relatório anualmente para a referida comissão. Portanto, “o exercício dessa tarefa de fiscalização de obras tem sido considerado prioridade pelos dirigentes máximos do TCU.”³³ Inclusive com a criação de secretaria especializada destinada realizar esse trabalho.

O TCU, também, tem o dever de enviar informações ao Congresso Nacional, ao longo do ano, à medida que as obras vão sendo auditadas. Os deputados e senadores, com base nessas informações, deliberam como ficará a repartição do orçamento do próximo ano, que será determinado na Lei Orçamentária Anual (LOA).

Nesse sentido, a atuação do TCU se tornou mais efetiva no controle dos contratos de obra pública quando se percebe as consequências que podem decorrer de tais contratos. Portanto, é necessário fazer uma abordagem sobre os contratos de obra pública.

Ademais, neste capítulo abordaremos o controle da administração, a fiscalização dos contratos de obras públicas, as sanções aplicáveis para estes tipos de contrato, além das suspensões cautelares referentes a estes contratos.

³³ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 252.

3.1 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como não é possível que a sociedade fiscalize diretamente a gestão que o Poder Público faz sobre o erário, é necessária à existência de órgãos capazes de fazê-lo. Como é o caso do Tribunal de Contas da União, órgão criado para, dentre outras funções, auxiliar o Congresso Nacional na realização do controle externo sobre a administração pública.³⁴

Nesse sentido, assevera Manoel Silva Neto que “se o regime democrático determina a participação do povo, por seus representantes, para decidir sobre o gasto do dinheiro público do Estado, o princípio republicano exige idêntica fiscalização parlamentar sobre a forma como se gasta”³⁵.

Fundamentando esse pensamento, Bandeira de Mello enfatiza que:

Se o Estado de Direito supõe que todas as condutas estatais mantenham-se aprisionadas aos parâmetros pré-traçados que lhe regulam os comportamentos, para que o princípio da legalidade se imponha como um todo íntegro, sem fissuras, é indispensável não apenas sua submissão ao controle judicial, quando sua conduta seja agressiva aos direitos subjetivos, mas é requisito também que exista um *mecanismo controlador* de toda ação estatal, graças ao que possa ser reconduzido à legalidade, mesmo quando de sua conduta não haja resultado violação de direito individual.³⁶

De um modo geral, portanto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas tem como objetivo impedir que recursos públicos sejam destinados a fins outros que não o interesse público, evitando também a má gestão desses recursos, de modo a prejudicar a concretização dos princípios que permeiam a administração pública.

Assim, como o Tribunal de Contas no Brasil não é uma novidade, o controle da Administração Pública não surgiu recentemente no ordenamento jurídico mundial. Ao contrário, conforme observa Mascarenhas “três mil e duzentos anos antes de Cristo, no Egito, na Pérsia e na Fenícia, há notícias de que a arrecadação de tributos era controlada por escribas”³⁷. Mais recente, na China começou a compreender que os

³⁴ AGUIAR, Afonso Gomes. AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 404.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 133.

³⁷ MASCARENHAS, Michel. **Tribunais de Contas e Poder Judiciário – O Sistema jurisdicional adotado no Brasil e o controle judicial sobre atos dos tribunais de contas** – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 62.

recursos da Administração pertenciam ao povo e não ao Rei, por isso deveria ser destinadas à população, o que ensejou rigorosa fiscalização.

O controle da administração pública no manuseio de recursos públicos pode ser classificado de diversas formas. Nesse âmbito, assim como em vários outros que requerem a criação de uma classificação para fins didáticos, as classificações se modificam de acordo com cada autor, “segundo os critérios e preferências adotados por cada um, levando-se em conta as variadas maneiras de exercício do controle, algumas com respaldo no próprio texto constitucional, e outras, em diplomas legais.”³⁸

Então, com o propósito de apresentar algumas classificações encontradas na doutrina, pode-se dizer que a classificação trazida por Araújo, por sua vez, distingue, inicialmente, o controle quanto ao órgão executor, sendo o controle administrativo “aquele implementado pela própria Administração Pública, tomada em sua perspectiva ampla, envolvendo aspectos de legalidade e de mérito, agindo tanto por iniciativa própria, quando mediante provocação de terceiro”³⁹.

Benjamin Zymler faz outro tipo de classificação, senão vejamos:

Quanto à tipologia dos controles incidentes sobre a Administração Pública, pode-se classificá-la quanto ao objeto (controle de legalidade, controle de mérito e controle de gestão), quanto ao momento em que se realiza (prévio, concomitante e subsequente ou a posteriori), quanto ao modo de desencadear-se (controle de ofício e controle por provocação), quanto ao posicionamento do órgão controlador (controle interno e controle externo).⁴⁰

É possível ainda encontrar outro tipo de classificação, a qual divide o controle em dois sentidos, quais sejam: o controle-fiscalização e o controle-orientação. O primeiro ocorre quando se acompanha e fiscaliza a conduta de *outrem* e o segundo quando se determina o conteúdo da conduta, orientando a forma como deve ser realizada e os fins a serem atingidos.⁴¹

A classificação muito utilizada no campo jurídico é a bipartição do controle em interno e externo, de acordo com o posicionamento do órgão que realiza o controle. O primeiro é o controle que o próprio órgão realiza sobre suas atividades.

³⁸ ARAÚJO, Júlio César Manhães de Araújo. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 32.

³⁹ ARAÚJO, Júlio César Manhães de Araújo. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 33.

⁴⁰ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 187.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

O controle interno está previsto na Constituição Federal em seu art.74, ao determinar que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno”⁴².

É lapidar a lição de Silva ao afirmar que “trata-se de controle de natureza administrativa, exercido sobre funcionários encarregados de executar os programas orçamentários e da aplicação de dinheiro público, por seus superiores hierárquicos”⁴³.

Como aduz Zymler⁴⁴, o controle interno é formado pelo controle administrativo e pelo sistema de controle interno previsto no art. 74 da Constituição Federal. O controle administrativo, além de verificar a oportunidade e conveniência do ato, podendo para tanto se utilizar do instrumento da revogação, também pode analisar a legalidade do ato, que poderá, eventualmente, ser anulado.

Deste modo, o controle interno pode ser uma espécie de autocontrole, quando o próprio órgão que realiza o ato, é capaz de realizar o controle ou um controle de terceiro, o que ocorre, por exemplo, quando a entidade da administração direta exerce o controle sobre um órgão da administração indireta que está vinculado aquela. Nos dois casos, entretanto, o controle é realizado dentro da própria estrutura da administração, portanto é um controle interno.

Já o controle externo “é o efetuado por órgãos alheios a Administração.”⁴⁵ Traduz-se como o verdadeiro controle do povo sobre os atos dos agentes públicos, porque é realizado, sobretudo, através do poder legislativo, como um representante da população.

Entretanto, o Poder Legislativo não é o único a realizar o controle externo, é possível que ele seja realizado também pelo Judiciário. Mas, o foco do presente trabalho, recairá sobre o controle Legislativo, a ser realizado diretamente ou por meio do Tribunal de Contas União.

⁴² BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 751.

⁴⁴ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 921.

Cabe observar que a Constituição trouxe alguns aspectos do controle, sendo possível identificar o controle da legalidade; controle da legitimidade; controle da economicidade; e controle da moralidade.⁴⁶

O controle de legalidade era, até pouco tempo o único a ser observado e corresponde a atuação que satisfaz a estrita previsão legal, de modo que o agente público deve executar a receita do modo como previsto em lei.

Contudo, o controle da legitimidade também deve ser observado, pois exige uma atuação capaz de atender aos fins almejados. Sendo que, uma atuação será legítima quando destinada a atender o interesse público.

O controle da economicidade, por sua vez, é inovação da nova ordem constitucional e exige que o objetivo da atuação do agente público seja realizado ao custo adequado e necessário para atingir aquele objetivo. Por fim, o controle da moralidade, decorre da previsão constitucional do princípio da moralidade exigindo uma atuação proba do agente na realização das despesas, com um mínimo ético.

Na precisa lição de Chaves o “controle externo é a fiscalização e a apreciação das prestações de contas dos responsáveis pela coisa pública, quando exercidas por um ente que está fora do âmbito no qual o fiscalizado está inserido”⁴⁷

Aplicando a teoria de freios e contrapesos, que significou uma evolução da ideia de separação de poderes formulada por Montesquieu, no Brasil o controle externo é realizado, sobretudo pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas⁴⁸, de modo a limitar a atuação do Poder Executivo impedindo o abuso de poder. Entretanto, é possível que o controle também seja realizado pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Conforme observa Benjamin Zymler (2009, p. 189) “o controle externo pode ser exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo”. E completa o autor ao asseverar que:

⁴⁶ FERNANDES, Flávio Sátiro. **Prestação de contas: instrumento de transparência da Administração**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/335>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

⁴⁷ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 13.

⁴⁸ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

[...] o controle exercido pelo Poder Legislativo desdobra-se em duas vertentes: o *controle político*, realizado pelas Casas Legislativas, e o *controle técnico*, que abrange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Vale destacar ainda que o controle exercido pelo Poder Judiciário necessita de provocação, enquanto que o controle realizado pelo Poder Legislativo, incluindo aí o TCU, pode ser realizado por iniciativa de seus membros.

Ademais, a respeito do Judiciário, existe ainda o chamado controle do controle que é o controle realizado pelo Poder Judiciário sobre os atos realizados pelo órgão fiscalizador, seja o Tribunal de Contas, seja o Poder Legislativo, consagrando o sistema de freios e contrapesos.

É possível perceber que o Congresso Nacional possui atribuições próprias para a realização do controle, assim como a Corte de Contas possui competências diferentes e independentes do Congresso. Mas, existem também determinados atos que devem ser realizados em conjunto. Tais competências são estabelecidas pela própria Constituição e demonstram a total independência da atuação do Tribunal de Contas perante o Poder Legislativo.

É verdade que a Constituição Federal “engloba um conjunto de competências privativas do TCU tão amplo que torna o exercício do Controle Externo uma função muito mais ligada a esse Tribunal do que ao próprio Congresso.”⁴⁹

De acordo com os ensinamentos de Justen Filho “a disciplina constitucional para o Tribunal de Contas assegura-lhe autonomia, estrutura e competências equivalente às reservadas aos Poderes”⁵⁰.

Mas, apesar de auxiliar o Poder Legislativo, a Corte de Contas não possui competência para editar normas, a sua atividade, na verdade, é “muito mais próxima da função de controle reservada constitucionalmente para o Judiciário”⁵¹, seja pela típica atividade de fiscalização, seja pela própria estrutura desenhada pela Constituição Federal.

⁴⁹ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 37.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 762.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 763.

O sistema de controle brasileiro possui diversos instrumentos, que estão à disposição do Tribunal de Contas para a realização do controle. Podem ser identificadas as inspeções e auditorias, as denúncias e representações, o acompanhamento e monitoramento de decisões e a tomada e prestações de contas ordinárias.

As auditorias e inspeções são colhimentos de dados perante o órgão fiscalizado, de modo a identificar possíveis irregularidades em algum ato. A atuação do Tribunal significa o seu deslocamento até a entidade para obter informações que julgar necessárias ao exercício do controle.⁵²

A diferença entre a inspeção e a auditoria recai, sobretudo, no objetivo de cada um. A primeira busca alguma informação exata, podendo ser realizada inclusive sem precisar ir até a entidade, apenas solicitando a informação. Já a auditoria busca colher um conjunto de informações ou verificar um conjunto de atos, sendo realizada por um grupo de auditores.

Denúncias e representações são procedimentos, nos quais a Corte de Contas inicia uma investigação através do comunicado de um terceiro. A denúncia se refere a informações prestadas por particulares, enquanto que na representação as informações são fornecidas por entidade qualificada ou por servidor público.

O acompanhamento e monitoramento de decisões são procedimentos de fiscalização que recaem sobre atos de órgãos públicos de modo concomitante a sua realização, ou seja, enquanto o ato está sendo realizado o Tribunal de Contas está fiscalizando sua realização.

Acompanhamento se refere aos atos em geral, enquanto que “no monitoramento o TCU está interessado nos atos da Administração que visam dar cumprimento às determinações e recomendações emanadas pelo próprio Tribunal”⁵³, ou seja, o monitoramento ocorre, por exemplo, quando ao realizar uma inspeção ou auditoria o Tribunal determina que o órgão adote determinado procedimento. Nesse caso, o Tribunal irá monitorar o órgão para verificar se ele está ou não cumprindo a determinação.

⁵² CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 75.

⁵³ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 77.

Por fim, as tomadas de decisões e prestações de contas ordinárias resumem-se na análise das contas dos administradores públicos sobre determinado exercício financeiro.

Importante consignar que é possível ter diversos tipos de controle com relação ao foco do controle, sendo que há grande divergência doutrinária no momento de realizar essa classificação. Silva⁵⁴ classifica da seguinte forma: controle de legalidade, controle de legitimidade, controle de economicidade, controle de fidelidade funcional, controle de resultados, de cumprimento de programa de trabalho e de metas.

Já Mello⁵⁵ identifica que o controle quanto ao objetivo se divide em controle de legitimidade e controle de mérito.

O que não se pode olvidar é que o objetivo do controle externo é garantir que a administração do erário ocorra de forma proba e dentro das determinações legais. A função básica do controle é fazer com que a administração atue buscando seu maior objetivo que é o interesse da coletividade.

3.2 O CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NA NOVA ORDEM ADMINISTRATIVA

O objetivo primordial de qualquer contrato é a criação de obrigações recíprocas entre os contratantes, portanto, o objeto da avença deverá ser cumprido. Daí percebe-se que é essência dos contratos o acordo de vontade entre as partes.

Com isso, o contrato normalmente é conceituado pela doutrina:

[...] como a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença.⁵⁶

Ressalte-se que, em razão da vinculação recíproca dos contratantes, é essencial que a vontade de contratar seja livre. E mais, como determina o art. 422 do

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 604.

Código Civil de 2002, os contratantes devem guardar entre si os princípios da probidade e da boa-fé.

Cabe observar, que os contratos firmados pela Administração Pública se dividem em duas categorias: contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos. Ambos regem-se pelas condições e formalidades determinadas pelo Direito Administrativo.

Entretanto, se diferem quanto à disciplina do vínculo entre os contratantes, pois diferente dos contratos de direito privado da Administração, os contratos administrativos “assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.”⁵⁷

A peculiaridade do contrato administrativo é que a Administração Pública, como gestora dos interesses de toda a sociedade e como responsável pelo erário, possui algumas prerrogativas, que diferenciam os contratos administrativos dos contratos de direito privado.

Conforme o conceito supracitado, nos contratos do direito privado, as partes não podem alterar unilateralmente o contrato. Entretanto, quando se trata de contrato administrativo, a Administração Pública poderá alterá-lo unilateralmente e mais ainda, poderá também extingui-lo.

Com a evolução do Estado e sua necessidade de garantia de um grande número de direitos, a sua atuação se expande para diversas áreas. Entretanto, o Estado não pode, sozinho, realizar todas as atividades que lhe são exigidas. Por isso, há necessidade de transferência de algumas atividades para o particular.

Com a nova administração essa transferência é ainda maior, pois para que a Administração seja menos burocratizada e mais eficiente é necessário que o Estado transfira para os particulares a realização de um maior número de atividades. Logo, a Administração passa a realizar apenas a fiscalização da execução dessas atividades pelo setor privado.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 605.

Deste modo, “um dos meios de que se vale a Administração para cumprir suas múltiplas atribuições e realizar as atividades decorrentes é a técnica contratual”⁵⁸.

A necessidade de transferência de algumas atividades para os particulares enseja a incorporação dos contratos do direito privado para o direito público, pois “há uma tendência à contratualização da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito”⁵⁹.

Com a inserção do contrato no âmbito público surge a necessidade de conceituá-lo. Essa tarefa foi realizada pela lei 8.666/93, que em seu art. 2º, parágrafo único, assevera que:

Art. 2. [...]

Parágrafo único. 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 vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁶⁰

A doutrina, por sua vez, não considera esse conceito suficiente, mas não há um conceito unívoco sobre o que seria exatamente o contrato administrativo. Bandeira de Mello, por exemplo, entende que o contrato administrativo pode ser conceituado da seguinte forma:

[...] é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁶¹

Esse conceito, contudo, entrega à Administração o poder unilateral de dizer se permanecem as condições previamente estabelecidas, bem como a própria existência do contrato. O particular, que com a Administração contrata, ficaria sujeito à vontade da Administração que se albergaria no princípio da supremacia do interesse público.

Apesar de lembrar dos deveres aos quais o gestor público está submetido no âmbito do contrato, o citado autor ainda deixa o contrato vinculado à suposta

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 234.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 283.

⁶⁰ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 610/1.

supremacia do interesse público, o que é um grande risco, como visto em capítulo anterior.

De outro modo, Justen Filho prefere definir o contrato administrativo como o “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”⁶².

Observe-se que, de acordo com esse conceito, aniquila-se a possibilidade de a Administração atuar da forma arbitrária sob o manto da supremacia do interesse público. Ao revés, a relação contratual será regulada pelo que for previsto legalmente, mas não é por isso que irá desconsiderar o fato de que uma das partes encontra-se na função administrativa e que, por isso, possui algumas prerrogativas.

Dessa forma, o contrato deve ser regulado pelas determinações legais e não pela vontade unilateral da Administração. As prerrogativas que esta possui não podem ser estabelecidas por ela mesma, mas sim pela previsão normativa ou pelos fins que o contrato busca atingir.

Cumprindo observar ainda que os contratos, de acordo com Medauar⁶³ podem ser divididos da seguinte forma: primeiro os “contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público”; em segundo lugar, teríamos os “contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos”; por fim, as “figuras contratuais recentes, regidas precipuamente pelo direito público”.

Considerando o foco do trabalho, não serão discutidos todos os tipos⁶⁴, mas somente dos contratos administrativos clássicos, em especial o contrato de obra pública.

Os contratos administrativos clássicos são norteados exclusivamente pelo direito público. No direito brasileiro as principais leis que os regulam são as leis 8.666/93 e a 8.987/95.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 284.

⁶³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 236.

⁶⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

O art. 2^a da lei 8.666 traz como possíveis objetos desses contratos “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública”⁶⁵.

Já o artigo 6^o da referida lei considera obra “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”⁶⁶, que tenha fins públicos, como estradas, usinas, edifícios, metrô, praças etc.

O inciso VIII, do art. 6^o traz os regimes de contratação, quando a obra for realizada por terceiros, o que é bem sistematizado a seguir:

a) empreitada por preço global, quando contratada por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário, quando é fixado preço por unidades determinadas (por exemplo, metro de área construída); c) tarefa, quando se ajusta mão de obra para pequenas obras, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; d) empreitada integral, no caso em que o empreendimento é contratado de modo completo, sob inteira responsabilidade da contratada até a entrega ao contratante em condições de início de uso.⁶⁷

De toda forma se percebe que o contrato de obra pública se destina a construção ou melhoramento de um bem público, seja ele para uso próprio do Estado, como é o caso da construção ou reforma de uma repartição pública, seja para uso do próprio povo, como é o caso da reforma ou construção de uma rodovia.

Seja qual for o regime ou os objetivos a serem alcançados sempre prevaleceu a ideia de que a Administração tem o poder de intervir no contrato e em sua execução de acordo com seus interesses. Tal entendimento, todavia, tem como fundamento o conceito antigo de supremacia do interesse público e da estrita legalidade.

Todavia, com os valores da nova ordem administrativa, os contratos administrativos devem também ser repensados, à luz dos novos princípios e da reformulação dos princípios já existentes. Pertinente observar, quanto a essa evolução a questão das cláusulas exorbitantes.

A Administração possui um grande número de prerrogativas, que lhes garante realizar severas modificações no contrato firmado com o particular. Essas

⁶⁵ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

⁶⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 237.

prerrogativas são denominadas cláusulas exorbitantes, ou seja, cláusulas que são “teoricamente” justificadas pela posição de privilégio conferida à Administração, mas que seriam inadmissíveis num contrato regido pelo Direito Privado.

Conforme ensina Odete Medauar:

Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiram daquela teoria foram denominados de cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum.⁶⁸

A presença na Administração, então, desequilibra a igualdade que deveria reger o contrato, fundada na ideia de imperatividade do Estado, que decorre do *jus imperii*, conceito formulado na Revolução Francesa e há muito tempo ultrapassado, como bem observa Moreira Neto, vejamos:

[...] se tem a imperatividade, como raízes no vetusto conceito de *jus imperii*, daí sua denominação, posta como fundamento formal das prerrogativas da Administração Pública, tal como foram se estruturando nos Estados absolutistas e alcançaram a Idade Moderna.⁶⁹

Contudo, essa imperatividade ainda persiste. Atualmente o art. 58 da Lei 8.666/93, por exemplo, prevê um rol de prerrogativas da Administração na gestão do contrato administrativo, senão vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.⁷⁰

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 241.

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 572.

⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

Atualmente o fundamento de tais prerrogativas não é mais o antigo *jus imperii*, mas sim a supremacia do interesse público, que, como visto anteriormente, é demasiadamente abstrato.

Bandeira de Mello que defende peremptoriamente a supremacia do interesse público, entende que os privilégios da Administração são devidos e até necessários. Afirma o eminente jurista, sobre o assunto, que:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de 'exorbitantes', que assim se qualifiquem por serem apenas insuetas do Direito Privado, que assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.⁷¹

Com a nova roupagem do princípio da supremacia do interesse público, deve haver normas prevendo claramente as hipóteses em que se aplicam as prerrogativas. É que a Administração não pode ficar livre para agir, pois pode prejudicar severamente o outro contratante, principalmente quando se refere à alteração unilateral do contrato, como estabelece o art. 59 citado anteriormente.

Quanto a esse aspecto, Justen Filho afirma que:

[...] a alteração unilateral do contrato pela própria Administração Pública depende de requisitos extremamente severos. Ao expedir o ato convocatório e conduzir a licitação até seu encerramento, promovendo a contratação, a Administração Pública exercitou sua competência discricionária. Bem por isso, não se admite a revogação do contrato sem respeitar os direitos do particular. A autoridade administrativa exaure sua competência discricionária ao optar pela contratação.⁷²

Mais adiante Marçal Justen Filho, assevera que a modificação poderá inclusive ser considerada nula em algumas hipóteses, ou seja, se a modificação for: "a) desmotivada; b) fundada em motivo já existente (e conhecido) em data anterior à contratação; c) fundada em motivo inexistente; d) desproporcionada ao motivo invocado"⁷³.

Mais uma vez, portanto, se retorna ao princípio da supremacia do interesse público, para lembrar que ele não pode servir como cláusula geral para os atuação

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 612.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

deliberada da Administração. Exige-se que ele seja repensado e haja previsões normativas explícitas.

É salutar o ensinamento de Sabino Cassese, citado por Diogo Moreira Neto ao afirmar que a:

[...] impropriedade do aceitar-se a existência de um interesse público genérico, que possa ser imposto em abstrato pela Administração sobre interesses individuais, enquanto a realidade do Direito reconhece interesses públicos específicos, que sejam legalmente definidos, de modo que, em consequência, as prerrogativas a eles referidas devem ser com estes compatíveis e servir efetivamente à sua realização⁷⁴

Com essa nova compreensão, entende-se que as alterações que a Administração pode fazer nos contratos administrativos, não podem mais ser pautadas num conceito genérico, como o de supremacia do interesse público. Ao revés, as alterações devem ser baseadas nas necessidades do caso concreto, com a devida fundamentação e com permissivo legal.

Ainda com Moreira Neto:

Parece irrefutável, portanto, na perspectiva pós-moderna do Direito Administrativo, que as exorbitâncias nada mais representam que meras modulações contratuais, que são inseridas sempre que motivadamente exigíveis pela matéria administrativa, ou seja, em se tratando de obras e de serviços públicos, em geral.⁷⁵

Sendo assim, é possível perceber uma mudança na visão que se tem das cláusulas exorbitantes, pois não aparecem mais como decorrência de uma supremacia estatal.

Como limite, mas não o único, a uma possível atuação autoritária da Administração, surge a necessidade de preservação do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, pois apesar da participação da Administração Pública, o contrato administrativo não deixa de ser um acordo de vontades, em que deve atender às necessidades de ambas as partes.

O equilíbrio econômico e financeiro decorre de previsão da Lei 8.666/93, que em seu art. 58 § 1º, assevera que “as cláusulas econômico-financeiras e monetárias

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 575.

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 579.

dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”⁷⁶. E mais adiante completa no § 2º que “na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

Essa equação se refere aos encargos do contratado e à retribuição que a Administração se compromete a entregar. Isso porque, os elementos presentes na formação do contrato é que levaram o particular a firmá-lo.

Assim, seria contrária à essência dos contratos a possibilidade de alteração unilateral dos encargos e vantagens do contratante, estipulados no momento de formação do contrato.

Para Bandeira de Mello “entende-se por ‘equação econômico-financeira’ a relação de igualdade – ou seja, de equivalência – entre as obrigações a cargo do contratado e a compensação econômica que lhe haverá de corresponder em razão das referidas obrigações”. A consequência disso, afirma o autor, será o fato de que “*nenhuma das partes se locupleta à custa da outra. Ambas recebem o que as incitou a travar o liame*”⁷⁷.

A equação econômico-financeira exige, portanto, a manutenção dos pontos que foram estipulados no contrato, no que tange aos encargos e benefícios, visando evitar que uma das partes seja obrigada a aceitar aquilo que não foi pactuado e sofra demasiado prejuízo.

Esse equilíbrio está adstrito a “todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação das partes”⁷⁸. Isso, tanto no que se refere as característica do pagamento ao particular, quanto aos fatores que possam influenciar no custo da execução da obra.

Deve-se atentar para o fato de que o equilíbrio econômico-financeiro não impede que haja majoração dos encargos do contratado. Entretanto, quando isso ocorrer, a contraprestação da Administração Pública deverá ser aumentada na mesma proporção.

⁷⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 210.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 300.

É o que se extrai da leitura do § 6º do art. 65, da Lei 8.666/93, ao prever que “em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. Ou seja, o que deve ser mantido sempre é a proporção entre os encargos e as vantagens, portanto, “se houver aumento dos encargos, a remuneração deve ser aumentada também”.⁷⁹

A título de arremate, cumpre ressaltar que, em razão dessas novas perspectivas do Direito Administrativo moderno, a função social do contrato, antes aplicada estritamente no direito privado, passa a ser incorporada aos contratos administrativos.

A função social do contrato busca a proteção de terceiro na realização de um contrato, bem como a proteção do contrato de possíveis terceiros ofensores, ou seja, é uma via de mão dupla. Exclusivamente no âmbito do Direito Privado podemos perceber que:

[...] o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade de terceiro, pois torna o contrato oponível *erga omnes*. Toda a coletividade tem o dever de abster-se de entabular negócios jurídicos que comprometam ou perturbem a realização de obrigações anteriormente assumidas entre sujeitos distintos.⁸⁰

Percebe-se, portanto, que a função social do contrato surge com a necessidade de preservação do maior número de interesses, sejam dos contratantes, sejam de terceiros. Saliente-se que, no contrato administrativo, há grande quantidade de agentes envolvidos, direta ou indiretamente.

Cumpre observar que em razão dessa grande quantidade de agentes envolvidos e beneficiados “com esses negócios jurídicos faz da função social do contrato não só uma possibilidade, mas um caminho necessário para o ajuste do regime de cooperação ao efetivo cumprimento do que foi pactuado”⁸¹.

⁷⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 242.

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

⁸¹ NERY, Ana Rita de Figueiredo. **A Causa do Contrato Administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61/2.

Em arrimo com essas ideias, é pertinente transcrever a conclusão de Ana Rita de Nery, ao afirmar que:

Infere-se que a leitura dos contratos administrativos modernos demanda a mudança do eixo tradicional das vontades de Estado para um prisma de atenção 'ao outro', isto é: ao ato comunicativo manifesto do parceiro privado e à fidelidade que dele emana. Nesta ordem, o largo espaço de trânsito do intérprete possibilitado pela utilização de contratos administrativos como veículo de realização das atividades estatais não justifica o desapego ao núcleo de efeitos jurídicos buscados pelas partes no momento da avença.⁸²

Não há dúvida, portanto, da aplicação da função social do contrato administrativo, até porque no contrato administrativo a necessidade de preservação dos interesses é maior, pois o próprio objetivo do contrato é favorecer terceiros (os cidadãos). A função social do contrato então aparece como uma verdadeira proteção.

3.3. A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

O TCU, no desempenho de sua tarefa de fiscalização dos contratos de obra pública e de fornecimento de informações ao Congresso Nacional, vem aprimorando e desenvolvendo métodos eficazes para a seleção de obras que serão objeto de fiscalizações, assim como, desenvolvendo rotinas de trabalho com a finalidade de fornecer informações sobre a execução físico-financeira dos empreendimentos auditados, conforme determinam as LDOs de cada ano.

A fiscalização ocorre através de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos⁸³, sendo que, para dar início a esta fiscalização, a Corte de Contas verifica as obras constantes na Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual, além de verificar as obras que tem elevado risco de ocorrerem irregularidades.

Nesse sentido, em 1998 foi criado o FISCOBRAS, que é um sistema informatizado que contém o plano anual de fiscalização das obras que recebem

⁸² NERY, Ana Rita de Figueiredo. **A Causa do Contrato Administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 63.

⁸³ RITCU, arts. 238 - 243.

recursos da União, reunindo todas as ações das equipes técnicas do TCU em relação à verificação do processo de execução das obras.

O conjunto dessas ações engloba desde a eleição das obras que serão fiscalizadas, as auditorias e, por fim, a confecção do relatório de todo o processo de fiscalização realizado. Nesse relatório, são inseridas informações sobre os “achados” pelas auditorias e os indícios de irregularidade constatados. Também integra esse relatório uma consolidação com os dados dos resultados alcançados com as fiscalizações.

O TCU busca diversificar a seleção dos empreendimentos que serão objeto de fiscalização, tentando abarcar obras que apresentem maiores riscos de irregularidades. A metodologia adotada pelo TCU para selecionar as obras que serão fiscalizadas, passa pela análise do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual. Conforme Zymler:

Tal sistemática possibilitou alguns avanços nessa área, como por exemplo, garantir que todos os empreendimentos que estejam sendo contemplados com volume significativo de recursos sejam fiscalizados. A despeito dessa evolução inicial, o Tribunal considerou necessário levar em conta informações mais abrangentes do que a descrição do título orçamentário e da respectiva dotação para o exercício como ponto de partida da escolha das referidas obras.⁸⁴

A Lei 13.707/18 (LDO/2019), em seu artigo 94, determina que a seleção das obras a serem fiscalizadas deve obedecer determinados critérios, dentre outros:

- I - os valores autorizado e empenhado no exercício anterior e no exercício atual;
- II - a regionalização do gasto;
- III - o histórico de irregularidades pendentes obtido a partir de fiscalizações anteriores e a reincidência de irregularidades cometidas; e
- IV - as obras contidas no Anexo VI – Subtítulos relativos a Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves da Lei orçamentária em vigor que não foram objeto de deliberação posterior do Tribunal de Contas da União pela regularidade.⁸⁵

Portanto, esses critérios não são os únicos a serem verificados pelo TCU, pois o Tribunal pode adotar outros parâmetros ou fiscalizar obras que não tenham essas características.

⁸⁴ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 252.

⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 13.707 de 14 de agosto de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13707.htm. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

Além da diversificação dos critérios para escolha dos empreendimentos fiscalizados, também faz parte dessa metodologia adotada pelo TCU a sistematização de informações para acompanhamento remoto da execução das obras. Esse procedimento desonera a utilização de recursos e a alocação de equipe técnica.

Como salienta Benjamin Zymler “essa nova metodologia introduziu grande racionalidade no procedimento de seleção de obras em que são realizados levantamentos de auditoria”⁸⁶.

Além disso, diante das novas necessidades, há a inserção de um novo instrumento de fiscalização que é a confecção de matriz de risco, de modo que:

[...] a Secretaria de Obras deste Tribunal, além de considerar as informações contidas no Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual, passou a confeccionar matriz de risco da qual constam eventos que denotam aumento da probabilidade de ocorrência de irregularidades, em contratos relativos a obras públicas.⁸⁷

A matriz de risco é a reunião de informações sobre os empreendimentos, em que se pode identificar um grande risco de ocorrer irregularidades. Isso de acordo com algumas características existentes no contrato.

Algumas ocorrências que se tornaram relevantes nessa análise podem ser listadas da seguinte forma:

- I- número de aditivos ao contrato original;
- II- realização de aditivos contratuais em curto período de tempo;
- III- nome do Programa de Trabalho incompatível com o objeto a ser executado;
- IV- criação de créditos orçamentários adicionais elevados;
- V- alterações contratuais em montantes que superam os limites legais⁸⁸

Essas informações normalmente são obtidas através de consultas ao Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, que possui informações inseridas pelos órgãos e entidades públicas e acabam integrando a matriz de risco pela secretaria de obras do TCU. Mas, cumpre observar que o TCU não está adstrito a esse sistema, ele se utiliza também do SICONV⁸⁹ e do SIAFI⁹⁰, para fazer pesquisar

⁸⁶ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 253.

⁸⁷ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 253.

⁸⁸ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 253.

⁸⁹ SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – Ministério da Fazenda - <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi>

⁹⁰ SICONV - Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - <https://www.convenios.gov.br/siconv>

e alimentar a matriz de risco.

Veja-se, portanto, que o TCU exerce sua função fiscalizatória de obras públicas seja através de auditorias *in loco*, seja por meio de análise de informações coletadas e sistematizadas a partir de programas de banco de dados.

A cada ano, a LDO estabelece obrigações a serem cumpridas pelo TCU, regulando assim os esforços da fiscalização das obras públicas, uma vez que deverá repassar informações ao Congresso Nacional. A Lei n. 13.707/18 (LDO/2019), por exemplo, estabelece que o TCU deve enviar:

Art. 121

§ 1º O Tribunal de Contas da União deverá, adicionalmente, enviar informações sobre outras obras ou serviços nos quais tenham sido constatados indícios de irregularidades graves em outros procedimentos fiscalizatórios realizados nos últimos doze meses, contados da data de publicação desta Lei, com o grau de detalhamento definido no § 2º e observados os incisos IV, V e VI do § 1º e o § 9º do art. 118.⁹¹

Quanto a esse ponto cumpre destacar ainda que mesmo que as irregularidades não sejam confirmadas, o TCU, ainda assim, deve enviar informações ao Congresso Nacional. É o que determina o § 4º do art. 121 da referida lei ao asseverar que “o TCU encaminhará informações nas quais constará pronunciamento conclusivo quanto a irregularidades graves que não se confirmarem ou ao seu saneamento”.

Já no momento da fiscalização alguns elementos básicos do empreendimento são comumente analisados pela equipe fiscalizadora. Zymler⁹² identifica os principais como sendo o projeto básico, a licitação e a execução da obra.

Quando a equipe técnica do TCU se mobiliza para efetuar uma averiguação *in loco*, é analisado o projeto básico do empreendimento, onde é possível conhecer as especificações, quantitativos, preços, prazos, dentre outros aspectos do projeto da obra, assim como a própria execução da obra, através da análise, por exemplo, das medições, pagamentos e utilização de materiais.

O projeto básico é muito importante na análise do TCU, pois vem aumentando muito o número de aditivos que são feitos em contratos e o Tribunal deve exigir que a maior quantidade possível de informações já estejam previstas no projeto, de modo a

⁹¹BRASIL. **Lei n. 13.707 de 14 de agosto de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13707.htm. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

⁹² ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

evitar ao máximo inclusões que podem servir como um caminho para se atingir o sobrepreço.

Nesse ponto, é preciso verificar aspectos técnicos do projeto básico da obra, para saber se ocorreram modificações e, se tiverem ocorrido, tenham sido decorrentes de necessidade técnica que justifiquem a alteração do projeto. Como bem pontua Zymler:

É essencial, portanto, que se analisem a existência e a adequabilidade das plantas, do memorial descritivo e especificações técnicas, dos estudos geológicos e topográficos e, especialmente, do orçamento da obra. Essa última é, sem dúvida, a peça técnica que tem merecido maior atenção por parte das equipes do TCU. Se a comparação do valor final estimado para a obra com macro-indicadores (preço por m² de edificações, ou por km de rodovias, ou por hectare irrigado etc.) mostra discrepância com relação a empreendimentos similares, o orçamento do projeto básico – e, posteriormente, o da contratada – merecerá análise mais pormenorizada.⁹³

Além do projeto básico, o TCU também analisa o procedimento licitatório para garantir o cumprimento dos princípios previstos no art. 3º da lei 8.666/93⁹⁴, evitando-se, dessa maneira, que algum participante do evento licitatório seja favorecido por alguma exigência tendenciosa.

Na apreciação do procedimento licitatório “os auditores do Tribunal dedicam especial atenção ao exame da eventual existência de exigências que possam prejudicar a competitividade do certame, direcionando seu resultado”⁹⁵.

Outrossim, os auditores também avaliam o orçamento e o cronograma físico-financeiro do licitante vencedor, comparando os valores ofertados com os de mercado, além de os analisarem dentro do montante geral do orçamento da obra.

A execução da obra, por sua vez, se refere à análise da compatibilidade entre o que foi contratado, ou seja, o que consta no projeto básico, com o que está realmente sendo realizado, além de verificar o cumprimento de especificações técnicas previstas em lei.

⁹³ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 256.

⁹⁴ Art 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, da 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.

⁹⁵ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 257.

3.4. SANÇÕES APLICÁVEIS E DEMAIS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS

As medidas coercitivas que podem ser adotadas pelo TCU exercem duas funções: garantir que suas atribuições sejam realizadas e reprimir o descumprimento de uma norma. Primeiro, a garantia do exercício de suas atribuições, pois sem uma consequência para descumprimento de suas determinações seria muito difícil que os gestores públicos satisfizessem as decisões do Tribunal de Contas. Segundo, a sanção em seu sentido estrito, ou seja, uma medida repressiva imposta em razão de uma atitude antijurídica.

A possibilidade de aplicação de sanção decorre da própria Constituição Federal ao determinar no art. 71, VIII, que cabe ao Tribunal “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei”⁹⁶.

Após autorizar genericamente o Tribunal de Contas a aplicar sanções, a Constituição Federal, nos incisos seguintes do art. 71, traz algumas medidas que podem ser adotadas pela Corte de Contas, são elas: aplicar multa proporcional ao dano causado ao erário, fixar prazo para adoção de providências, sustar ato impugnado e suspender contrato.

Além dessas medidas, outras são plenamente aplicáveis pelo Tribunal de Contas, como a declaração de inidoneidade do licitante, o afastamento liminar do servidor, a indisponibilidade de bens e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função pública.

Antes de tratarmos de cada uma dessas medidas, é importante observar que elas podem ser aplicadas ao administrador, mas também ao particular, “seja por ter a disponibilidade de bens, valores ou dinheiro público, seja em função de estabelecer relação jurídica funcional com a Administração pública, seja em função de pretender ser participante de um certame licitatório” ou ainda “em função de já haver firmado um contrato ou instrumento congênere com a Administração.”⁹⁷

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

⁹⁷ ARAÚJO, Júlio César Manhães de Araújo. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 465.

É possível perceber que as medidas coercitivas adotadas pelo Tribunal de Contas devem cumprir seu objetivo, ou seja, garantir a lisura no manuseio do erário ou de bens públicos, podendo ser aplicadas tanto aos administradores quanto aos particulares, caso seja necessário. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, se manifestou de acordo com esse entendimento nos Enunciados 133⁹⁸ e 186⁹⁹ de sua Súmula.

A primeira sanção prevista pela Constituição Federal é a pena de multa, ao estabelecer, no art. 71, VIII, que cabe ao Tribunal de Contas “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

Em sede infraconstitucional, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92) estabelece, em seu art. 57, que “quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário”¹⁰⁰. Além de ser julgado em débito, outros motivos ensejam a aplicação da multa, como se observa no art. 58 da citada lei.

Diante da previsão do art. 57 e 58 da lei orgânica, aplica-se a multa em duas situações distintas: primeiro, quando houver apenas o descumprimento da lei; segundo, quando se caracterizar efetivamente um dano ao erário. Deste modo, quando houver dano, o responsável pode ter que pagar multa no valor do dano,

⁹⁸ SÚMULA Nº 133: Não só os dirigentes de órgãos da Administração Direta e das autarquias, mas, também, os Administradores das empresas públicas, sociedades de economia mista e Fundações, ou das demais entidades previstas na Lei nº 6.223, de 14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/04/78), estão sujeitos, a juízo do Tribunal de Contas da União, à cominação de multa, por infringência de disposição legal ou regulamentar que lhes seja aplicável, apurada tanto na fase do controle interno como do externo (Enunciados 10, 11, 51 e 91 da Súmula da Jurisprudência do TCU).

⁹⁹ SÚMULA Nº 186: Consideram-se sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União os co-autores, embora sem vínculo com o serviço público, de peculato praticado por servidores - quer sejam ou não Ordenadores de Despesas ou dirigentes de órgãos - da Administração Direta ou Indireta da União e Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, pertencentes a qualquer outra entidade, que gerencie recursos públicos, independentemente da sua natureza jurídica e do nível quantitativo da sua participação no capital social. A juízo do Tribunal, atentas as circunstâncias ou peculiaridades de cada caso, os aludidos co-autores estão sujeitos à tomada de contas especial, em que se quantifiquem os débitos e se individualizem as responsabilidades ou se defina a solidariedade, sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, nas instâncias próprias e distintas.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei n. 8.443 de 16 de julho de 1992**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

independente de qualquer limite. De outro modo, quando a multa decorrer de irregularidade não poderá ultrapassar o limite estabelecido no *caput* do art. 58.

Ao lado da multa está a glosa de despesa, que se diferencia daquela por não ter um caráter sancionador, mas sim recompositivo, pois significa o pagamento de despesas que são identificadas e listadas pelo Tribunal ao verificar que bens e equipamentos públicos foram utilizados indevidamente. Importante destacar que esta medida poderá ser cumulada com a multa, pois tem origem diversa.

A fixação de prazo para a adoção de providências, por sua vez, pode ser aplicada pelo Tribunal quando órgão ou entidade comete alguma ilegalidade e terá que regularizá-la dentro do prazo que a Corte de Contas fixar. Esse prazo está previsto no art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que estabelece período máximo de 15 dias para que o responsável adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, caso contrário, o TCU poderá aplicar multa.

É salutar a observação de Araújo, ao asseverar que:

Essa providência pode ser determinada não só com relação a questões de pessoal, como também, no caso de o Tribunal de Contas determinar que se adotem providências relacionadas a atos administrativos outros que não sejam especificamente atos ligados a agentes públicos. É a hipótese, por exemplo, do exercício do controle relacionado a licitações, onde o Tribunal de Contas pode determinar que se observem as correções por ele determinadas.¹⁰¹

O parágrafo 1º do art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União prevê que quando se tratar de ato administrativo e não for adotadas providências para corrigir a irregularidade poderá a Corte sustar a execução do ato impugnado. Observa-se que o ato a ser realizado pela Administração para de produzir efeitos de modo a não causar prejuízos à Administração.

Entretanto, para que o Tribunal realize a sustação de um ato, deve estar caracterizada a possibilidade de prejuízo ao erário, não é qualquer ato que pode ser susinado. Como ensinam Aguiar & Aguiar “o dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o sistema constitucional e em subordinação aos princípios que regem

¹⁰¹ ARAÚJO, Júlio César Manhães de Araújo. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 469.

a atuação das Cortes de Contas. A ilegalidade de que aí se cuida é a que implique despesa ou perda patrimonial”¹⁰².

Importante observar ainda que ao realizar a sustação de um ato o Tribunal deve comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado, além de poder aplicar multa ao responsável, conforme determina o § 1º do art. 251 do RITCU.

Quando se tratar de contrato, após o prazo de 15 dias para que a autoridade regularize a ilegalidade, nada sendo feito, o contrato poderá ser sustado. Aqui cabe lembrar o regime da Constituição de 1946 e a de 1967 para que fique claro o sistema atual.

Conforme observa Araújo “sob a égide da Constituição de 1946 (art. 76, III, § 1º e 2º), havia o estabelecimento de um sistema de prévio julgamento e registro dos contratos”¹⁰³, de modo que o contrato só passava a vigorar depois da análise do Tribunal de Contas. Esse sistema, entretanto, foi alterado com a Constituição de 1967 que dispensou o controle preventivo e implantou o controle repressivo, onde o contrato poderia ser suspenso depois de ter entrado em vigor.

Todavia, o regime da Carta de 67 não permitia que o Tribunal adotasse medidas mais enérgicas. Não era possível que a Corte realizasse a sustação de contratos, pois segundo o que determinava o art. 73¹⁰⁴, o Tribunal de Contas, quando constatasse uma ilegalidade, deveria assinar prazo para que a autoridade corrigisse a irregularidade. Se ela não o fizer o Tribunal solicitará ao Congresso Nacional a sustação do contrato, mas se o Congresso não aplicasse a sustação, nada seria feito.

¹⁰² AGUIAR, Afonso Gomes. AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 106.

¹⁰³ ARAÚJO, Júlio César Manhães de Araújo. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 470.

¹⁰⁴ Art. 73. O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional. § 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;

c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

§ 6º - O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea c do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a Impugnação.

Pelo contrário, o § 6º do citado artigo afirmava que a inércia do Poder Legislativo significava a insubsistência da impugnação.

A Constituição de 1988, por sua vez, conferiu mais poderes ao Tribunal de Contas, ao determinar no § 1º e no §2º do art. 71 que:

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.¹⁰⁵

Desse modo, apesar de manter a titularidade da sustação com o Congresso Nacional, a Constituição determina que a Corte pode deliberar a respeito se o Congresso não se manifestar em 90 dias.

3.5. SUSPENSÃO CAUTELAR DOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

No momento em que o TCU realiza a fiscalização, podem ser identificados indícios de irregularidades o que pode exigir uma postura mais enérgica da corte de contas. Entre estas posturas encontram-se a sustação de ato, sustação de contratos e a suspensão de contratos. Esses três institutos, entretanto, são diferentes e destinados a situações específicas.

A sustação de contratos é de competência originária do Congresso Nacional, pois, como visto anteriormente, a atividade de controle é primordialmente exercida por ele, mesmo que com o auxílio do TCU, portanto, algumas competências são reservadas ao Congresso e só subsidiariamente podem ser realizadas pela Corte de Contas.

É o caso da sustação de contratos, pois quando o Tribunal de Contas encontra alguma irregularidade em um contrato administrativo deve comunicar o fato ao Congresso Nacional que então providenciará ou não a sustação.

Como bem observa Chaves:

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

[...] primariamente, cabe ao Congresso Nacional sustar contratos irregulares da administração pública federal. Todavia, o TCU detém competência suplementar para suspender a execução desses ajustes. Alerta-se para o fato de que nunca houve caso concreto de sustação de contrato pelo Tribunal.¹⁰⁶

Com isso, percebe-se que a sustação de um contrato pelo Tribunal de Contas é uma medida de *ultima ratio*, uma vez que se exige um longo procedimento para que tal providência seja adotada. Esse procedimento é traçado de maneira geral pela Constituição ao deixar claro que a competência é do Congresso Nacional e só será exercida pela Corte de Contas na inércia do Congresso.

É que o que fica evidenciado no art. 71, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Vejamos:

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.¹⁰⁷

Para que o Tribunal de Contas efetive a sustação de um contrato, o procedimento não é simples, uma vez que o art. 251 do seu Regimento Interno exige o seguinte:

Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III – aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso VII do art. 268.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência prevista no inciso III do parágrafo anterior e comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.

§ 4º Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal:

I – determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão;

¹⁰⁶ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 156.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

II – comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente.¹⁰⁸

Percebe-se que a Corte de Contas, antes de sustar o contrato, deve adotar todas as medidas necessárias para atender a determinação legal, seja comunicando o Congresso Nacional para que adote a providência que entender cabível, seja assinando prazo para que a irregularidade seja sanada.

Não se pode olvidar que mesmo em caso de sustação do contrato realizado pelo TCU, ele deve comunicar a decisão ao Congresso para que adote a providência que entender cabível.

Esse procedimento rígido torna muito difícil a sustação de um contrato pelo Tribunal de Contas. Mas isso não ocorre sem motivo, pois a exigência de participação do Congresso Nacional decorre do fato de a sustação poder trazer consequências irreparáveis para o Estado, para a sociedade e para o contratante.

A sustação de ato, por sua vez, não se dedica a interromper uma relação jurídica, mas sim tornar sem efeito um ato unilateral do Poder Público que esteja eivado de vício, é o caso, por exemplo, de uma nomeação de servidor público sem que tenha havido concurso público.

O fundamento do procedimento de sustação de ato encontra-se na Constituição Federal, em seu art. 71, IX, ao estabelecer que cabe à Corte de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”¹⁰⁹.

Assim, percebe-se que o que ocorre é o seguinte:

Quando detectar uma ilegalidade, poderá o Tribunal de Contas fixar prazo para que o órgão ou a entidade responsável adote providências para a correção do ato impugnado, nos termos previstos pelo inciso IX do art. 71 da nossa Lei Fundamental¹¹⁰

O procedimento da sustação de um ato é bem diferente da sustação de um contrato, pois quando se referir a um ato, o TCU não dependerá do Congresso para

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução 155/2002)**. Boletim do Tribunal de Contas da União, V. 25, n. 37. Brasília, DF: TCU, 2007.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

¹¹⁰ AGUIAR, Afonso Gomes. AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 106.

que o ato seja sustado, a Constituição atribui à própria Corte a competência para fazê-lo.

Por causa dessa diferença no procedimento, cumpre observar que o TCU poderá por si só sustar o ato quando não houver relação deste com um contrato, ou seja, se a providência adotada pela Corte tiver repercussão ou envolver um contrato, o procedimento a ser adotado é o da sustação de contrato e não de ato.

É o que bem destaca Chaves quando analisando o art. 71 da CF, observa que “se e a determinação não atendida estiver relacionada a contrato, aplica-se o procedimento definido no art. 71, § 1º (competência do Congresso Nacional) ou, supletivamente, o do § 2º (competência do TCU)”¹¹¹.

Não se pode olvidar que a sustação de um ato não é instantânea, ela faz parte de um procedimento em que, primeiro, o TCU assina prazo para que o responsável adote as medidas necessárias para o cumprimento da lei e só depois poderá a Corte sustar o ato e somente se não forem atendidas suas determinações.

O procedimento de sustação é disciplinado pela Lei Orgânica do TCU que em seu art. 45 estabelece o seguinte:

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.¹¹²

O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, apesar de ser mais detalhista, acaba estabelecendo o mesmo procedimento com a redação idêntica, como se percebe em seu art. 251, § 1º¹¹³.

¹¹¹ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 152.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução 155/2002)**. Boletim do Tribunal de Contas da União, V. 25, n. 37. Brasília, DF: TCU, 2007.

¹¹³ § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III – aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso VII do art. 268.

Fica evidenciado, portanto, que quando o Tribunal verificar uma ilegalidade deverá assinar prazo para que o responsável adote providências de modo a aplicar corretamente a legislação. Se dentro do prazo estabelecido, o responsável não cumprir a determinação, o Tribunal poderá sustar o ato impugnado e ainda aplicar multa ao responsável.

Cumprе observar que as sustações de contrato ou ato, além de serem diferentes entre si, não se assemelham à suspensão de contratos. Esta é medida cautelar adotada para evitar prejuízos, antes da análise do mérito.

A sustação é a ação ou resultado de fazer parar, de interromper, enquanto que a suspensão é a interrupção temporária que poderá ser afastada e o procedimento suspenso voltar a produzir efeitos.

Essa diferença é explicada por Chaves, ao dizer o seguinte:

A sustação do contrato é ato definitivo, irrevogável. Sustada, a avença não mais poderá voltar a produzir efeitos. A suspensão da execução de um contrato é medida acautelatória, que, como tal, se reveste de precariedade e temporariedade. A suspensão pode ser revogada a qualquer tempo.¹¹⁴

Se tratando de contratos de obra pública a suspensão significa a interrupção temporária dos efeitos do contrato, ou seja, a paralisação temporária da execução da obra.

A suspensão é disciplinada pelo Regimento Interno do Tribunal de Contas da União no art. 276, com a seguinte redação:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.¹¹⁵

Cumprе observar que como o artigo remete o interprete ao art. 45 da Lei Orgânica do Tribunal, que trata da sustação, poder-se-ia entender que as medidas são sinônimas, o que é um equívoco. A sustação e a suspensão são diferentes, tanto

¹¹⁴ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 473.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução 155/2002)**. Boletim do Tribunal de Contas da União, V. 25, n. 37. Brasília, DF: TCU, 2007.

semanticamente, quanto juridicamente, quando se tratar da atuação do TCU. Isso se constata com a diferença de procedimento a ser adotado em um ou em outro caso.

Essa interpretação é feita por Chaves, ao observar o seguinte:

Apesar de o art. 276 do RITCU fazer referência ao art. 45 da Lei Orgânica, adotar a cautelar de suspensão de ato ou procedimento não é o mesmo que sustar ato impugnado, de acordo com o que aqui se defende. Por ser tão simplória, associada ao fato de que o Tribunal raramente susta um ato, nos termos previstos na Constituição, a razão fundamental para diferenciar um de outro pode passar totalmente despercebida.¹¹⁶

A sustação como visto anteriormente, exige um procedimento mais rígido, sobretudo, em razão de seu caráter definitivo. Já a suspensão é cautelar, portanto, o procedimento é mais simples, pois, como visto no art. 276 do Regimento Interno, o TCU poderá aplicar a suspensão em caso de urgência, assim que identificar um fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito.

Apesar da comum confusão que se faz entre a sustação e a suspensão, a diferença entre ela é simples, se resume “em a sustação ser definitiva e a suspensão ser temporária. Não há falar em revogação de sustação de ato. O ato sustado nunca poderá ser praticado”. Com isso se percebe que “ao deliberar pela sustação do ato, o Tribunal possui todos os elementos para decidir a questão no mérito”¹¹⁷.

De modo contrário, ao determinar a suspensão, a Corte ainda não pode julgar o mérito da questão e suspende a execução do contrato para evitar prejuízos, até que julgue o mérito. Portanto, ao decidir definitivamente a questão, o Tribunal poderá revogar a suspensão, o que não é possível com a sustação.

Consignada essa diferença, cumpre observar quanto ao procedimento da suspensão, que o contrato poderá ser suspenso por decisão unilateral do relator ou do presidente ou ainda pelo próprio plenário. Mas, se a medida for adotada pelo relator ou pelo Presidente ela será deliberada pelo plenário na seção imediatamente seguinte. É o que se extrai do § 1º do art. 276 do Regimento Interno, ao determinar que “o despacho do relator ou do Presidente, de que trata o caput, bem como a revisão

¹¹⁶ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 154.

¹¹⁷ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 154/5.

da cautelar concedida, nos termos do § 5º deste artigo, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente”.

Essa exigência demonstra uma preocupação com a legitimidade da medida de suspensão em razão dos prejuízos que podem decorrer desta medida, uma vez que envolve serviços públicos necessários à sociedade, como a construção de um hospital, por exemplo.

Ainda como corolário dessa preocupação o § 5º do mesmo artigo permite que a autoridade (relator, presidente ou plenário) que adotou a medida de suspensão poderá revogá-la a qualquer momento ou quando o interessado envolvido no contrato se manifestar sobre a questão. Vejamos: “a medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado ou em resposta a requerimento da parte” (art.276, § 5º, RITCU).

Percebe-se com isso, que o Regimento Interno exige um procedimento para a adoção da medida, com a necessidade de ser discutida no plenário. Além disso, adotou mais flexibilidade na sua revogação, permitindo que pudesse ser revogada a qualquer momento pela autoridade que proferiu a decisão.

Como foi visto em tópico específico, o TCU analisa um conjunto de características das obras para verificar aquelas que serão objeto de fiscalização. Uma vez realizada a fiscalização o Tribunal poderá se deparar com situações em que se constatem indícios de irregularidades graves. É nesse momento que o Relator, o Presidente ou ainda o Plenário verifica a necessidade de suspensão da obra para que o processo de apuração possa ocorrer sem que existam prejuízos ao erário.

Dessa forma, é necessário analisar o que seriam esses indícios de irregularidades capazes de ensejar a suspensão da execução de um contrato.

4 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.655

Neste capítulo será abordada as principais alterações ocorridas no Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) advindas da Lei de n. 13.655/2018 que de alguma forma influenciam a atividade de controle do TCU, especificamente, sobre os contratos de obras pública

4.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI N. 13.655/2018

Este instrumento normativo que tratamos neste presente trabalho foi decorrente do projeto de lei de número 349/2015, de autoria do senador Antônio Anastasia, onde ele bem define os objetivos almejados desta iniciativa. Nas palavras do senador Anastasia "A orientação geral do projeto de lei é consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos" (ANASTASIA, 2015, p.6)

Os eminentes professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Marques Neto (2015, p.7), entendem que o objetivo desta lei é:

“... melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos).”

Em 25 de abril de 2018 foi publicada a Lei de n. 13.655/2018, com potencial para impor mudanças no cenário jurídico, especificamente no Decreto-Lei n. 4.657/1942, mais conhecida como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Sancionada em abril de 2018, depois de alguns anos de tramitação no Congresso Nacional, a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018 – LINDB) promoveu alterações sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Dentre suas previsões está o reforço do dever de motivação, a responsabilização pessoal do agente público em determinadas situações e a previsão da necessidade de regime de transição para quando decisões de ordem administrativa, controladora ou judicial estabelecerem interpretação ou orientação nova sobre norma.¹¹⁸

¹¹⁸ REDAÇÃO. **Impacto da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em debate.** Site GIFE. Publicado em: 10/07/2018. Disponível em: <https://gife.org.br/impacto-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-em-debate/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

As alterações advindas desta Lei objetivam garantir a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

Destaca Lima Júnior sobre as alterações da referida Lei que:

Dentre as inovações do novel diploma, pode-se destacar a instituição de normas expressas regulando a motivação das decisões jurídicas nas esferas administrativa, controladora e judicial quando da aplicação de normas de conteúdo aberto ou indeterminado, e, ainda, a interpretação de normas relativas à administração pública, as decisões interpretativas, as decisões que impliquem invalidação de atos, contratos, ajustes ou processos administrativos, a celebração de compromisso para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a fixação de compensação por dano processual, o estabelecimento da responsabilidade pessoal do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro, dentre outras medidas tendentes a reforçar a segurança jurídica na criação e aplicação do direito público.¹¹⁹

Como podemos observar, as diversas alterações supramencionadas incidem nas decisões referentes aos contratos firmados pela Administração Pública e especificamente nos contratos de obras públicas.

Posiciona-se Lima Júnior ao afirmar que:

A norma ostenta evidente importância no cenário jurídico, com impacto significativo na atuação dos agentes públicos em geral, notadamente quanto à aplicação do direito público, na medida em que instituiu novos critérios de validade para a manifestação das diferentes autoridades, impondo novo ônus argumentativo para a densificação de valores jurídicos abstratos ou normas jurídicas de conteúdo indeterminado, cujo significado e efeitos são definidos à luz das circunstâncias do caso concreto.¹²⁰

Desta maneira, a motivação das decisões dos gestores públicos toma um relevo ainda mais significativo, visto que, impôs novo ônus argumentativo aos agentes públicos, devendo estes considerarem as circunstâncias do caso concreto. Ou seja, os efeitos materiais das suas decisões.

Tostes, afirma que:

A lei traz mais responsabilidades ao gestor, especialmente a novel obrigação de fundamentar suas decisões, analisando as questões práticas e os resultados que ela produzirá no mundo jurídico, especialmente os prejuízos porventura observados visando a busca do bem comum. A lei privilegia do

¹¹⁹ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Site Jus.com.br. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

¹²⁰ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Site Jus.com.br. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

bem comum, alertando, todos nós, que a consecução do direito é para atender a maioria.¹²¹

Nesse sentido, verifica-se, segundo o especialista acima mencionado, que as mudanças advindas com esta lei visam proteger o bem público, visto que com a motivação das decisões será possível analisar as questões práticas e os resultados que serão produzidos no mundo jurídico, inclusive prevendo ou supondo prejuízos que podem ser causados.

Além da motivação das decisões destaca-se também a interpretação das normas sobre gestão pública, as causas de erro grosseiro e as suas sanções e a garantia da segurança jurídica nos contratos, os quais serão analisados em tópicos apartados.

No entanto, as mudanças trazidas pela Lei n. 13.655/18 na LINDB, inicialmente não foram bem aceitas por todos, especialmente pelos órgãos de controle, em especial pelo Tribunal de Contas da União, pois entenderam em análise preliminar que poderia ocorrer o enfraquecimento da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle da Administração Pública.

Nesse sentido, afirma Vilati que:

Apesar de ter o objetivo de combater a ineficiência e o arbítrio nas relações de Direito Público, a Lei recebeu pesadas críticas dos controladores (sobretudo, do TCU) que a acusaram de favorecer o enfraquecimento do controle da Administração Pública. Além disso, alegou-se que o Projeto foi pouco debatido e aprovado às pressas no Congresso Nacional. Houve também, por parte da doutrina, quem dissesse que “a Lei não mudou nada” e que, na verdade, ela só traria mais insegurança jurídica.¹²²

Além das críticas quanto ao possível enfraquecimento dos órgãos de controle, também, houveram doutrinadores que julgaram que tais alterações não mudaram nada, trazendo apenas insegurança jurídica. Há quem diga que o projeto de lei foi pouco debatido e aprovado muito rapidamente.

¹²¹ TOSTES, José Souto. **Nova lei nº 13.655 e as consequências para o gestor municipal**. JusBrasil. Publicado em: maio de 2018. Disponível em: <https://soutotostes.jusbrasil.com.br/artigos/575634590/nova-lei-n-13655-e-as-consequencias-para-o-gestor-municipal>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

¹²² VALIATI, Thiago Priess. **O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo**. Direito de Estado. Publicado em: 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

Contudo, Vilati possui um pensamento diferente sobre estas alterações:

Na realidade, o que a Lei traz é justamente a imposição de uma atividade mais responsável por parte dos órgãos de controle, contribuindo para o seu necessário aperfeiçoamento, por meio do estabelecimento de novas balizas interpretativas para os decisores no âmbito do Direito Público. Cabe destacar, ainda, que a Lei derivou de Projeto de Lei elaborado pelos professores de Direito Administrativo Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld, após intensa pesquisa empírica desenvolvida por anos no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Ademais, foi aprovada sem dissenso no Congresso Nacional, com expressivo apoio político. Dessa maneira, as críticas quanto à velocidade da elaboração e aprovação da Lei definitivamente não merecem subsistir.¹²³

Ao contrário da opinião de outros doutrinadores, Vilati reforça que a lei traz justamente a imposição de uma atividade mais responsável por parte dos órgãos de controle.

Como dito, um dos principais pressupostos da Nova Lei de Introdução consiste na confiança no gestor público de boa-fé para inovar na Administração. Assim, a Lei reflete a necessidade de se conferir maior segurança para a atuação dos gestores, que atualmente temem serem alvo de responsabilização pessoal por mero entendimento divergente do controlador, sobretudo diante da intensa proliferação legislativa no que toca à possibilidade de incidência de sanções aos servidores públicos.¹²⁴

Assim, podemos entender que a nova lei tem por objetivo principal conferir maior segurança jurídica na atuação dos gestores públicos e propiciar condições para a existência de melhores soluções para as demandas enfrentadas pela administração pública.

4.2 CONSEQUENCIALISMO

Questão da maior relevância foi adicionada à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tendo como objetivo dar concretude e eficácia às decisões nas

¹²³ VALIATI, Thiago Priess. **O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo.** Direito de Estado. Publicado em: 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

¹²⁴ VALIATI, Thiago Priess. **O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo.** Direito de Estado. Publicado em: 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

esferas controladoras, administrativas e judiciais, impondo que essas decisões devem indicar de modo expresso as consequências jurídicas e administrativas.

Assim, como poderemos observar os artigos 20, 21 e 22 do novo diploma legal prestígiam a busca pela melhor decisão visando sempre priorizar as consequências que imponham menor ônus, considerando sempre a necessidade e adequação das medidas.

A redação do art. 20 nos traz de forma clara estas preleções:

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”

É transparente, portanto, o dizer do art. 20, que combate as decisões fundamentadas em valores jurídicos abstratos, impondo a necessidade de que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Como podemos verificar a redação do citado artigo não nos deixa dúvidas.

No dizer, sempre lúcido do eminente jurista Marçal Justem Filho

“O art.20 da LINDB é orientado a reduzir a indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes restringem-se a invocar princípios abstratos. O processo decisório exige a concretização de normas e valores ideais, o que impõe tomar em consideração as situações da realidade. Se uma norma pode propiciar diferentes conclusões para o caso concreto, é indispensável analisar os potenciais efeitos pertinentes a cada qual. Essa exigência é ainda mais relevante em vista ao princípio da proporcionalidade. É inevitável aplicar a proporcionalidade sem tomar em vista os efeitos que a opção hermenêutica produzirá. O parágrafo único do art. 20 admite, além disso, adotar soluções alternativas é simples invalidação de um provimento administrativo, na hipótese de vícios ou defeitos.” (JUSTEM FILHO, 2018, p.13-14)

Não resta dúvidas, portanto, quanto à necessidade de considerar a proporcionalidade na opção decisória do agente.

Na mesma esteira, segue o art. 21 do referido diploma legal:

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 expresso 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.¹²⁵

Como podemos verificar, o novo diploma legal é claro quanto a determinação de que nas decisões que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá demonstrar expressamente as consequências jurídicas e administrativas que esta decisão administrativa, controladora ou judicial pode acarretar.

Inclusive, ressalta o parágrafo único que desta decisão, quando o caso permitir, deve-se indicar condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem imposição aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O legislador quer que o operador do direito haja com responsabilidade, principalmente valorizando o interesse público, que deve sobrepor aos demais, obrigando este a indicar “de modo expresso”, claro e objetivo as consequências jurídicas e administrativas originadas da decisão que invalidar atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas. Entendo que este artigo introduz, formalmente, no direito administrativo, o princípio da consequência jurídica do ato. No aspecto judicante, o juiz, além de fundamentar, terá que analisar os aspectos, por exemplo, ao decretar o bloqueio de contas de uma empresa, alvo em ação de improbidade, que gera empregos e que, ao final do mês, tem que quitar a folha de pagamento de seus empregados.¹²⁶

O artigo 21 da LINDB prestigia a efetividade das decisões, impondo o dever de além de considerar as consequências jurídica e administrativas, indicá-las expressamente. Portanto, resta claro que, as decisões nas esferas administrativas, controlador e judicial devem prever as consequências jurídicas e administrativas que delas podem derivar.

Nesse sentido, posiciona-se Lima Júnior acerca dessa mudança afirmando que:

Ao decretar a nulidade ou anulação de ato ou contrato administrativo, pois, deve a autoridade julgadora explicitar as consequências jurídicas da decisão, notadamente no plano administrativo. Trata-se de novo ônus para o agente público que, a bem da segurança jurídica, não mais poderá decidir relegando a momento posterior a elucidação dos efeitos. Tal norma encontra-se em consonância com a anterior, que prevê o dever de consideração das

¹²⁵ BRASIL. **Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

¹²⁶ TOSTES, José Souto. **Nova lei nº 13.655 e as consequências para o gestor municipal**. JusBrasil. Publicado em: maio de 2018. Disponível em: <https://soutotostes.jusbrasil.com.br/artigos/575634590/nova-lei-n-13655-e-as-consequencias-para-o-gestor-municipal>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

consequências práticas antes da prolação da decisão. Vale dizer: nos termos dos arts. 20 e 21, da LINDB, as consequências ou efeitos práticos da decisão administrativa ou judicial que versem sobre a anulação de atos públicos devem ser referidos tanto na fundamentação quanto no dispositivo do julgado.¹²⁷

Deste modo, a observância do consequencialismo das decisões sendo um ônus para o agente público, o obriga a melhor decidir visando atender aos interesses tanto da sociedade, quanto da administração, dando relevo à segurança jurídica das relações em todos os âmbitos: administrativo, controlador e judicial.

Exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invaldar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.¹²⁸

No mesmo sentido, segue o art. 22

“[Art. 22](#). Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Como bem nos ensina o conceituado jurista Eduardo Jordão:

“O caput e o parágrafo primeiro do art. 22 devem ser lidos conjuntamente. Ambos os dispositivos exigem a contextualização no manejo das normas de direito público, as enquanto o primeiro foca na interpretação, mais genericamente, o segundo foca no controle. Nos dois casos, impõe-se a atenção às circunstâncias dos casos concretos, evitando-se que os

¹²⁷ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Site Jus.com.br. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

¹²⁸ REDAÇÃO. **Comentários à Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público**. Dizer o direito. Publicado em: 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136552018-que-alterou.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

enunciados normativos sejam aplicados de forma indiferente a fatos e condições relevantes.” (JORDÃO, 2018, p.70)

Destarte, é indiscutível a necessidade de considerar consequencialismo jurídico nas decisões tanto judiciais, quanto administrativas e principalmente nas decisões proferidas pelos órgãos de controle.

Quem muito bem ratifica este entendimento é o conceituado professor Santos de Mendonça, que assim afirma:

“ O consequencialismo jurídico chegou de vez ao Direito brasileiro. Diversos dispositivos da LINDB incorporam exigências da consideração de consequências que é o seu mínimo. Tal dispositivo se dá de modo reativo à cultura do hipercontrole público que tomou conta do Brasil.” (MENDONÇA, 2018, p.58)

Não resta dúvidas quanto a obrigatoriedade por parte do Tribunal de Contas da União, de considerar os efeitos materiais de suas decisões. Posto isso, podemos dizer que o caso concreto deve ser considerado na aplicação da norma jurídica, pois é de especial relevância para a obtenção da efetividade da sua função constitucional.

4.2.1 Motivação das decisões

Apesar de já haver previsão no CPC/201, em seu art. 489, parágrafo primeiro e na lei que disciplina o processo administrativo, lei nº 9.782/1999, art. 2º, o novo diploma legal que tratamos nesse trabalho traz inovação importante no que se refere à motivação das decisões. Como podemos ver na redação do parágrafo único do art. 20 da lei 13.655/2018, assevera que:

Art. 20
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.¹²⁹

Assim, a motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Deverá, portanto, o agente público, motivar seus atos recorrendo a

¹²⁹ BRASIL. **Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

valores jurídicos abstratos, e sim, demonstrando a proporcionalidade de suas decisões.

Sobre a decisão não ser baseada somente em valores jurídicos abstratos, afirma Justen Filho que:

Mas o processo de concretização do direito envolve, de modo inafastável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos. A solução adotada no mundo dos fatos é orientada por valores. Mas isso envolve a determinação do conteúdo do valor em face das circunstâncias da situação examinada. Então, o valor abstrato compreende uma multiplicidade de sentidos e uma pluralidade de soluções relativamente a um caso real necessita indicar o modo como o valor abstrato se aplica para dar fundamento a uma dentre diversas soluções possíveis.¹³⁰

O mestre e doutrinador defende que não há como afastar os valores abstratos das decisões, contudo há como mensurar a sua valorização na fundamentação das decisões dos processos administrativos, controladores e judiciais para a formação menos subjetivista.

O art. 20 da LINDB tem por finalidade reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. O dispositivo proíbe “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão.”¹³¹

Lima Júnior, expõe sua opinião sobre a motivação das decisões como novo requisito de validade:

Significa dizer que um novo requisito de validade para a motivação das decisões jurídicas que versem sobre normas de conteúdo aberto ou indeterminado é a “consideração das consequências práticas da decisão”, sendo recomendável aos juízes, membros de tribunais e demais agentes públicos que, na aplicação de princípios jurídicos ou valores do sistema normativo, façam constar expressamente da fundamentação a referência ao novo dispositivo legal da Lei de Introdução.¹³²

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB dever de transparência, concretude e proporcionalidade das decisões.** Revista Direito Administrativo edição especial. Publicado em: novembro de 2018. Rio de Janeiro, 2018, p. 27.

¹³¹ REDAÇÃO. **Comentários à Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público.** Dizer o direito. Publicado em: 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136552018-que-alterou.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

¹³² LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Site Jus.com.br. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

Nesse diapasão, a motivação das decisões como requisito de validade dos processos administrativos, controladores e judiciais visa além de fundamentar a decisão e prever possíveis prejuízos devem também ser compreendidas as consequências jurídicas de ordem econômica, política e social, com análise dos efeitos da decisão administrativa e judicial em sentido amplo.

Portanto, como vimos, o artigo 20 da LINDB impõe que os Tribunais de Contas e em especial ao Tribunal de Contas da União que suas decisões sejam motivadas não apenas com fundamentações abstratas, mas também devem ser consideradas e demonstradas a necessidade e adequação, portanto, a proporcionalidade, das medidas impostas.

4.3 SEGURANÇA JURÍDICA

A busca da estabilidade das relações sociais é missão constante e árdua de todos que compõem a sociedade. O Direito tem em sua gênese esta função, e mais que isso, sua obrigação.

Podemos dizer, portanto, que a segurança jurídica é o consectário para a concretização da estabilidade social almejada por todos.

No dizer do eminente professor Bandeira de Mello, “ o chamado “princípio da segurança jurídica”, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais do Direito é, indisputavelmente, um dos mais importantes.” (MELLO, 2010, p.169).

A par disso, verificamos que a nova Lei que alterou a LINDB trouxe em seu bojo a preocupação com a concretização desse importante princípio jurídico, trazendo disciplina visando a aplicação no caso concreto de importante gerador de pacificação social.

Em seu art. 23, a Lei 13.655/2018, busca garantir a segurança jurídica para a inovação sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado. Diz o dispositivo:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

No entender dos consagrados autores Ari Sunfeld e Marques Neto,

A lei tomou cuidado de explicar: o dever de criar regime de transição ocorrerá em caso de nova orientação baseada em norma de conteúdo indeterminado, isto é, cujo texto não contivesse a específica imposição do dever de condicionamento, com as especificações necessárias e a indicação do destinatário. (SUNDFELD, MARQUES NETO, 2018, p.781)

Portanto, a exigência é cabível quando da instituição de dever ou condicionamento novos. Sendo imperioso que se estabeleça uma transição em conformidade com interesses gerais, nunca se afastando da proporcionalidade, bem como da equanimidade e eficiência.

A par disso, não resta dúvida quanto ao objetivo da inclusão do art. 23 no novo diploma legal, que não seja outra coisa senão garantir a segurança jurídica quando das decisões que imponham novo dever ou novo condicionamento de direito quando derivarem de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado.

As decisões proferidas pelos membros do prestigioso Tribunal de Contas da União se submetem a este mandamento. Não podendo, porquanto, inovar sem que seja estabelecido o período de transição mencionado pela norma.

Na mesma esteira segue o art. 24, quando traz a necessidade de considerar as orientações gerais da época, quando já se houver completado a produção de atos, contratos, ajustes, processos ou norma administrativa. Não tem outro objetivo, que garantir a segurança jurídica para as situações já consolidadas. Diz o dispositivo:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

A norma subsumisse perfeitamente aos contratos de obra pública e evidentemente ao controle exercido pelo TCU sobre estes.

A Lei de n. 13.655/2018 tem o objetivo claro de prestigiar e conferir maior segurança jurídica na aplicação das normas por parte das autoridades públicas. O artigo 30 traz esse mandamento de forma expressa:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.¹³³

Determina o art. 30 da LINDB que as autoridades públicas deverão atuar com o intuito de aumentar a segurança jurídica com a aplicação de normas, por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Segundo Tostes:

Ele trata da segurança jurídica, incumbindo as autoridades públicas do dever de atuar primando pela segurança jurídica e manutenção objetiva das normas, atos e decisões, para que o administrado saiba o que é a lei e a forma que ele deve adotar ao proceder em qualquer ação. Incumbe, ainda, os órgãos judicantes e de controle, tais como os Tribunais de Contas do Estados, da difícil tarefa de manter decisões consolidadas na jurisprudência.¹³⁴

Nesse diapasão, o art. 30 da LINDB reforça o princípio da segurança jurídica o qual vincula as autoridades públicas e entre elas os agentes incumbidos de realizar o controle da administração pública, entre eles o TCU.

Portanto, a Lei n. 13.655/2018 trouxe algumas alterações na legislação que se fazem necessárias, insere e reforça novos princípios, sendo o seu principal objetivo aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

¹³³BRASIL. **Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

¹³⁴ TOSTES, José Souto. **Nova lei nº 13.655 e as consequências para o gestor municipal**. JusBrasil. Publicado em: maio de 2018. Disponível em: <https://soutotostes.jusbrasil.com.br/artigos/575634590/nova-lei-n-13655-e-as-consequencias-para-o-gestor-municipal>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

CONCLUSÃO

Uma Administração eficiente é primordial para que o Estado consiga atingir seus objetivos. O que se deve perseguir é uma Administração ágil, voltada para satisfação dos interesses da sociedade, mas com mecanismos de controle que garantam uma atuação probo sem criar um entrave para a Administração.

É nesse sentido que se deve defender a aplicação das medidas trazidas pela lei 13.655/2018, visando garantir que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União estejam comprometidas com as consequências decorrente delas e permita a garantia da segurança jurídica de tais decisões. Com isso, busca-se afastar o controle como fim em si mesmo, implementando um controle eficiente, ou seja, uma prática responsável do controle que não impeça a continuidade da gestão pública.

Portanto, o princípio da legalidade deve deixar de ser entendido como uma legalidade estrita e se transformar num princípio maior, mais amplo, denominado como princípio da juridicidade, que se concilie com os demais princípios do ordenamento jurídico

Como consectário da reformulação dos princípios, o princípio da supremacia do interesse público não pode ser visto de forma absoluta, sem se considerar as peculiaridades do caso concreto. Portanto, sua aplicação deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, para que no caso concreto a Administração identifique o interesse a ser garantido, de modo que cause menos prejuízos.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, não pode ficar inerte diante da evolução da ordem administrativa, pois se sua atuação for pautada em técnicas de controle inócuas e burocráticas, causará um entrave à Administração Pública e impedirá que a atuação do Poder Público seja voltada para as necessidades da sociedade.

Portanto, o TCU deve adotar uma prática responsável e comprometida com o fim maior da atuação do Poder Público, considerando sempre os efeitos derivados das suas decisões. Par isso deve sopesar o arcabouço legal com o caso concreto, visando propiciar a segurança jurídica e a efetividade de suas decisões.

Nesse sentido, ao se deparar com indícios de irregularidades, antes de determinar a paralisação da obra, deve o Tribunal verificar outros parâmetros para decidir quanto à suspensão daquele contrato. Ou seja, deve identificar se realmente há necessidade de paralisar e se não há outro meio menos gravoso a ser adotado.

A aplicação desses critérios pelo TCU, como demonstrado no trabalho, representaria um controle mais eficiente e responsável.

Portanto, no momento em que realiza o controle sobre contratos de obra pública e ao se deparar com indícios de irregularidades, o Tribunal de Contas da União, antes de determinar a suspensão do contrato, deve verificar: a) os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento; b) os riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento; c) a motivação social e ambiental do empreendimento; d) o custo da deterioração ou perda das parcelas executadas; e) as despesas necessárias à preservação das instalações e serviços já executados; f) as despesas inerentes à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; g) as medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; h) e o custo total e o estágio de execução física e financeira dos contratos, convênios, obras ou parcelas envolvidas.

Com o advento da Lei de n. 13.655 de 25 de abril de 2018 cerca de 10 artigos foram adicionados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visando a garantia da segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

Tais alterações impactam direta e indiretamente nos contratos de obra pública, visto que os processos de controle do Tribunal de Contas da União também deverão se adequar aos mandamentos trazidos pela lei 13.655/2018.

REFERENCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes. AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Júlio César Manhães de Araújo. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1589/2003-Plenário TCU**. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Publicado em: 22 de outubro de 2003. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/KEY:ACORDA O-COMPLETO-16882/DTRELEVANCIA%20desc/false/1. Acesso em: 14 de janeiro de 2019.

_____. **Código de Processo Civil de 16 de março de 2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

_____. **Lei n. 11.768 de 14 de agosto de 2008**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11768.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. **Lei n. 12.465 de 12 de agosto de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12465.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. **Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 16 de janeiro de 2019.

_____. **Lei n. 8.443 de 16 de julho de 1992**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 1992.

_____. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. **Lei n. 10.524, de 25 de julho de 2002**. Brasília, df, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10524.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 0011/2006 – Plenário TCU**. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Disponível em: www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../TC-026-646-2006-6.doc. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 0618/2006 – Plenário TCU**. Relator: Marcos Bemquerer. Publicado em: 01/11/2006. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2006-11-01;2006>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 0739/2010**. Disponível em: www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20100419/AC_0749_12_10_P.rtf. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Resolução 155/2002)**. Boletim do Tribunal de Contas da União, V. 25, n. 37. Brasília, DF: TCU, 2007.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 1ª ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas**. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERNANDES, Flávio Sátiro. **Prestação de contas: instrumento de transparência da Administração**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/335>. Acesso em: 5 nov. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB dever de transparência, concretude e proporcionalidade das decisões**. Revista Direito Administrativo edição especial. Publicado em: novembro de 2018. Rio de Janeiro, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **A Lei n. 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Site Jus.com.br. Publicado em: outubro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69967/a-lei-n-13-655-2018-e-as-alteracoes-na-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro>. Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

MASCARENHAS, Michel. **Tribunais de Contas e Poder Judiciário – O Sistema jurisdicional adotado no Brasil e o controle judicial sobre atos dos tribunais de contas** – São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MASCARENHAS, Michel. **Tribunais de Contas e Poder Judiciário – O Sistema jurisdicional adotado no Brasil e o controle judicial sobre atos dos tribunais de contas** – São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas do Direito Administrativo**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

MODESTO, Paulo. **Legalidade e Autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa**, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. **A Causa do Contrato Administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Revista do Serviço Público, número 47, 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em 24 abril 2012.

REDAÇÃO. **Comentários à Lei 13.655/2018, que alterou a LINDB prevendo normas de segurança jurídica na aplicação do direito público**. Dizer o direito. Publicado em: 30 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/04/comentarios-lei-136552018-que-alterou.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

REDAÇÃO. **Impacto da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em debate**. Site GIFE. Publicado em: 10/07/2018. Disponível em: <https://gife.org.br/impacto-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-em-debate/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019

SICONV - Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - <https://www.convenios.gov.br/siconv>

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano Azevedo. O TCU e a adoção da nova Lei de Introdução. *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 295, p.781-784, set.2018.

TOSTES, José Souto. **Nova lei nº 13.655 e as consequências para o gestor municipal**. JusBrasil. Publicado em: maio de 2018. Disponível em: <https://soutotostes.jusbrasil.com.br/artigos/575634590/nova-lei-n-13655-e-as-consequencias-para-o-gestor-municipal>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

VALIATI, Thiago Priess. **O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo**. Direito de Estado. Publicado em: 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.