

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Gabriela Duque Poggi de Carvalho**

**O Controle dos Contratos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo**

**2021**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

**Gabriela Duque Poggi de Carvalho**

**O Controle dos Contratos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na linha de pesquisa Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Jacintho Arruda Câmara.

**São Paulo**

**2021**



**Gabriela Duque Poggi de Carvalho**

**O Controle dos Contratos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Jacintho Arruda Câmara.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dr. Jacintho Arruda Câmara – PUC/SP

---

Dra. Márcia Pelegrini – PUC/SP

---

Dr. Marcos Augusto Perez - FDSP

A Cusco HV, por emprestar sua força quando me faltou.

A Nick e Beezzie, por estarem ao meu lado, sempre.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Jacintho Arruda Câmara, por quem sempre nutri genuína admiração. Orientador é uma palavra muito pequena para traduzir o espaço que ocupou neste trabalho. Guia, inspiração, apoiador, incentivador, talvez consigam, juntas, enunciar o que representou.

Às professoras Márcia Pelegrini e Christianne Stroppa pelas importantes e generosas contribuições no exame de qualificação desta dissertação.

Aos amigos do Grupo de Pesquisa Observatório do TCU, pelas constantes provocações e ensinamentos, que me fizeram refletir e pesquisar, cada vez mais, sobre o objeto deste estudo.

A Nick, pela calorosa e incondicional companhia e por, sempre ao meu pé, acalantar meu coração nas solitárias horas de estudo.

## RESUMO

O trabalho objetiva proporcionar uma visão ampla sobre o controle dos contratos administrativos exercido pelo Tribunal de Contas da União. Buscou-se, nele, expor e analisar, com rigor acadêmico, os principais aspectos jurídicos da atividade, sem perder de vista as repercussões práticas das discussões sobre cada um. O tema carrega polêmicas e precisa ser estudado por repercutir concretamente na forma de agir dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública Federal direta e indireta e respectivos contratados. O método empregado foi o do levantamento e análise crítica da literatura jurídica e legislação brasileiras e da jurisprudência e normativas infra-legais do Tribunal de Contas da União. Em relação a alguns poucos temas expôs-se também a posição dos Tribunais Superiores. Iniciou-se pelo exame do papel do Tribunal de Contas União no controle externo da função administrativa do Estado brasileiro projetado em suas competências. Desta primeira parte foram extraídas as premissas necessárias ao enfrentamento do tema central do trabalho. Na segunda parte, examinou-se os meios utilizados pelo Tribunal de Contas da União no controle dos contratos administrativos, a quem cabe a iniciativa, seus parâmetros, critérios, potenciais consequências e limites, buscando responder aos questionamentos que se colocam no estudo de cada um desses aspectos. Ao final, são resumidos os temas percorridos no desenvolvimento do trabalho e expostas as conclusões obtidas em suas etapas. O principal desafio foi tratar dos aspectos analisados com profundidade sem desviar do objetivo maior da pesquisa de apresentar um estudo amplo sobre a matéria.

**Palavras-chave:** Administração pública. Contrato administrativo. Tribunal de Contas da União. Controle.

## ABSTRACT

This work aims to provide a broad view on the control of administrative contracts exercised by the Federal Court of Accounts. It sought to expose and analyze, with academic rigor, the main aspects of the legal activity, without losing sight of the practical repercussions of the discussions about each one. The topic is controversial and needs to be studied as it has concrete repercussions on the way the agencies and entities that make up the direct and indirect Federal Public Administration and their respective hired. The applied method was the survey and critical analysis of Brazilian legal literature and legislation, as well as the jurisprudence and infra-legal regulations of the Federal Court of Accounts. In relation to a few topics, the position of the Superior Courts was also exposed. It began by examining the role of the Federal Court of Accounts in the external control of the administrative function of the Brazilian State projected in its competences. From this first part, the necessary premises to face the central subject of the work were extracted. In the second part, the resources used by the Federal Court of Accounts in the control of administrative contracts, who are responsible for the initiative, their parameters, criteria, potential consequences and limits were examined, seeking to answer the questions that arise in the study of each one of these aspects. At the end, the themes covered in the development of the work are summarized and the conclusions reached in its stages are disclosed. The main challenge was to deal with the aspects analyzed in depth without deviating from the main objective of the research of presenting a broad study on the subject.

estudado por repercutir concretamente na forma de agir dos órgãos e entidades que compõem a Administração

**Key-words:** Public administration. Administrative contract. Federal Court of Accounts. Control

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO	Ação Cível Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
Em. Decla.	Embargos de Declaração
Min.	Ministro(a)
MS	Mandado de Segurança
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOTUCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator(a)
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>PARTE I: CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ...</b>	<b>17</b>
<b>1 O CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>17</b>
<b>1.1 As funções do Estado .....</b>	<b>17</b>
<b>1.2 As funções do Estado, os Poderes do Estado e a competência de controle.....</b>	<b>19</b>
<b>1.3 O controle da função administrativa e suas classificações.....</b>	<b>21</b>
1.3.1 Significado de controle da função administrativa .....	21
1.3.2 Necessária ressalva quanto à dificuldade de definição do objetivo do controle da função administrativa.....	23
1.3.3 As classificações do controle da administração pública.....	25
<b>2 O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1 O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988: posição institucional e sua relação com o Congresso Nacional .....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 Competência do Tribunal de Contas da União.....</b>	<b>37</b>
2.2.1 Objeto do controle .....	38
2.2.2 Parâmetros do controle .....	40
2.2.2.1 Legalidade .....	42
2.2.2.2 Legitimidade .....	43
2.2.2.3 Economicidade .....	46
2.2.3 Pessoas sujeitas ao controle pelo Tribunal de Contas da União.....	47
2.2.4 Rol de atribuições trazido no art. 71 da Constituição Federal e art. 1º da Lei Federal nº 8.443/1992 e os produtos do controle .....	50
<b>PARTE II: O CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....</b>	<b>55</b>
<b>3 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....</b>	<b>55</b>
<b>3.1 O sentido de contrato administrativo utilizado no estudo e o fundamento de seu controle pelo Tribunal de Contas da União.....</b>	<b>55</b>

<b>3.2</b>	<b>Instrumentos utilizados no controle dos contratos administrativos .....</b>	<b>58</b>
3.2.1	Fiscalização .....	60
3.2.1.1	Formas adotadas pela fiscalização.....	62
3.2.1.1.1	Levantamentos.....	62
3.2.1.1.2	Auditorias .....	62
3.2.1.1.3	Inspeções .....	63
3.2.1.1.4	Acompanhamento.....	63
3.2.1.1.5	Monitoramento .....	63
3.2.1.2	Fiscalização de contratos administrativos .....	64
3.2.1.2.1	A fiscalização dos contratos em execução .....	66
3.2.2	Julgamento de contas.....	67
3.2.3	Resposta a consultas .....	71
<b>4</b>	<b>INICIATIVA, MOMENTO E PARÂMETROS DO CONTROLE DOS CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>4.1</b>	<b>Iniciativa do controle dos contratos administrativos .....</b>	<b>75</b>
4.1.1	Iniciativa de fiscalização .....	75
4.1.2	Iniciativa do julgamento de contas .....	76
4.1.3	Iniciativa de consulta .....	77
<b>4.2</b>	<b>Momento do controle dos contratos administrativos .....</b>	<b>78</b>
<b>4.3</b>	<b>Parâmetros do controle dos contratos .....</b>	<b>80</b>
<b>4.4</b>	<b>CrITÉRIOS na seleção dos contratos objeto de fiscalização.....</b>	<b>81</b>
<b>5</b>	<b>CONSEQUÊNCIAS DO CONTROLE SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>83</b>
<b>5.1</b>	<b>Os três sujeitos atingidos pelo controle: contratante, contratado e gestor público.....</b>	<b>83</b>
<b>5.2</b>	<b>Possíveis consequências do controle pelo Tribunal de Contas da União dos contratos administrativos.....</b>	<b>85</b>
5.2.1	Determinações à administração pública contratante para a alteração dos contratos ou de sua forma de execução .....	85
5.2.2	Recomendações relacionadas aos contratos .....	91
5.2.3	Sustação de contrato administrativo .....	94

5.2.4	Aplicação de penalidades aos agentes públicos em relação ao particular contratado .....	99
5.2.5	Imputação de débito.....	103
<b>6</b>	<b>LIMITES DO CONTROLE DOS CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .....</b>	<b>108</b>
<b>6.1</b>	<b>Impossibilidade de modificação ou extinção de contratos administrativos diretamente pelo Tribunal de Contas da União.....</b>	<b>109</b>
<b>6.2</b>	<b>Limites indiretos ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os contratos administrativos .....</b>	<b>111</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>128</b>



## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Tribunal de Contas da União (TCU) assumiu protagonismo sem precedentes no funcionamento do Estado brasileiro. É possível cogitar diversas causas para o fenômeno: o aumento da complexidade de atividades da administração pública e das relações entre o Estado e os particulares; a crise de confiabilidade pela qual vem passando os seus órgãos e agentes, impulsionada por eventos midiáticos de corrupção; e deferência institucional ao controlador. Difícil delimitá-las e definir o peso de cada uma no cenário. O fato é que a Corte de Contas Federal vem se fazendo presente nas mais diversas frentes e ações da Administração Pública Federal.

O fenômeno precisa ser conhecido e estudado por sua relevância e impacto concreto na forma de agir dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública Federal direta e indireta e, de maneira reflexa, dos demais entes da Federação, em cujos órgãos de controle externo se verifica a tendência de seguir as posições do TCU, projetando-as no âmbito de suas respectivas competências.

Com a ampliação de sua atuação, o TCU tornou-se objeto de estudos em diferentes áreas do conhecimento. Na seara jurídica, é tema central de obras, artigos e debates. Formaram-se correntes em torno da matéria, muitas vezes divididas entre os apoiadores das investidas ampliativas de suas competências e os que buscam restringir o controle que exerce, sob diferentes fundamentos.

Seja qual for a linha adotada, não se nega a importância do TCU para o bom desempenho da função administrativa do Estado. A Corte presta contribuições ao aperfeiçoamento das atividades da administração pública brasileira.

O controle exercido sobre os contratos administrativos sempre teve papel de destaque nas análises e discussões, tendo em vista atingir diretamente terceiros, alheios à relação controlador e controlado, pessoas físicas e jurídicas que estabelecem vínculos contratuais com o Estado e assumem a posição de seu contratado, concessionário, sócio ou fornecedor. Tal espécie de controle tem reflexos, muitas vezes, em todo um mercado ou setor da economia, especialmente naqueles que contam com a participação direta do Poder Público, a exemplo dos de infraestrutura e de utilidades e serviços públicos.

A temática não ficou à margem dos estudos. Parte daqueles que se lançaram no exame do TCU dedicou parcela de seus trabalhos ao controle que desempenha sobre os contratos celebrados pela Administração Pública Federal sob distintos aspectos. Não obstante, em geral

os trabalhos se dedicam cada qual a um ou alguns aspectos específicos daquela atividade do TCU, abordando-os de forma segregada, em prejuízo à compreensão de sua inter-relação, conseqüentemente, do objeto examinado em si.

O presente trabalho visa apresentar um estudo amplo sobre o controle dos contratos administrativos pela Corte de Contas Federal. Buscou-se, nele, expor e analisar, com rigor acadêmico, os principais aspectos jurídicos da atividade, sem perder de vista as repercussões práticas das discussões sobre cada um.

A proposta demandou o desenvolvimento do estudo segundo uma seqüência lógico-didática, que se inicia com a delimitação do espaço reservado pelo constituinte ao controle externo da administração pública no âmbito da organização do Estado brasileiro e segue até os limites do controle exercido pelo TCU sobre os contratos administrativos. Também para fins didáticos, o trabalho foi dividido em duas partes.

A primeira parte dedica-se à compreensão do controle exercido pelo TCU. Antes de introduzir o assunto, no Capítulo 1, são estudadas as funções do Estado, distinguindo-as das estruturas orgânicas através das quais são exercidas e das competências atribuídas aos seus órgãos. Em seguida, no Capítulo 2, apresenta-se o conceito de controle da administração pública, assim como suas classificações encontradas na literatura jurídica brasileira.

O Capítulo 3 examina o controle exercido pelo TCU e o tratamento dado pela Constituição Federal (CF) e legislação ordinária à Corte de Contas Federal, buscando situá-la dentro da organização do Estado brasileiro e identificar suas competências.

Embora se considere mais adequado, em geral, o ingresso no tema central já no início do trabalho, neste caso específico, revelou-se necessária a compreensão do papel do TCU no funcionamento do Estado brasileiro antes desse passo. O método é justificado pela necessidade de se extrair da primeira parte premissas essenciais ao desenvolvimento do estudo do controle que a Corte de Contas Federal exerce sobre os contratos administrativos, sem a identificação das quais não seria possível enfrentar os questionamentos que se colocam ao longo do trabalho.

A segunda parte trata do objeto central do estudo e foi dividida em quatro capítulos. A investigação feita teve o propósito de responder às seguintes perguntas: de que forma o controle dos contratos pelo TCU é concretizado? Em que momento pode ocorrer e a quem cabe a iniciativa? Quais seus parâmetros, critérios e possíveis conseqüências e limites?

A todo o tempo, são retomadas premissas fixadas na primeira parte do trabalho para que seja possível examinar e responder aos questionamentos acima.

Ao fim do trabalho, são resumidos os temas percorridos em seu desenvolvimento, expondo-se, em conjunto e de forma didática, as conclusões de cada uma das etapas do trabalho, com o propósito de proporcionar uma visão ampla sobre seu objeto.

O método adotado foi o da análise da legislação e da literatura jurídica nacionais e das decisões e normativas internas do TCU, além da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. A análise jurisprudencial foi reservada apenas aos temas para cuja compreensão se relevou importante. Não se pretendeu examinar a posição atual do TCU sobre cada um dos aspectos estudados, pois o resultado dessa pesquisa forneceria apenas um dado de momento, alterável em curto espaço de tempo, considerando, inclusive, que a Corte de Cortas não trabalha com a ideia de precedentes.

O maior desafio foi tratar dos aspectos analisados com profundidade e rigor acadêmico sem desviar do objetivo maior do trabalho de apresentar um estudo amplo sobre seu objeto.



## PARTE I: CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### 1 O CONTROLE DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

#### 1.1 As funções do Estado

O Estado exerce *função pública* porque tutela interesse que não lhe é próprio. Na literatura jurídica nacional, prevalece o entendimento da existência de três funções públicas a cargo do Estado: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional<sup>1</sup>.

Não existe uma essência, um conceito inexorável para cada uma daquelas funções. A definição decorre de uma construção política, que tem suas bases nas ideias de Montesquieu, está representada nas constituições modernas do Ocidente<sup>2</sup> e evoluiu ao longo do tempo. Não há um critério único para a definição das funções do Estado<sup>3</sup>, mas, sim, alguns critérios que tentam identificar seus elementos distintivos sob aspectos diferentes<sup>4</sup>.

Utilizando critério objetivo formal, segundo o qual as funções do Estado consistem naquilo que o direito diz serem, Bandeira de Mello, define:

---

<sup>1</sup> Contrariando a doutrina majoritária, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defende existirem duas funções do Estado. O jurista reúne a legislativa e a executiva em uma só função e diz constituírem um mesmo *Poder*, o político. Na sua visão, existiria o poder político e o poder jurídico (**Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53). Discorda-se da posição do jurista. Apesar de se reconhecer a dificuldade de identificar elementos distintivos em todos os tipos de ações realizadas na execução das funções públicas do Estado brasileiro, para fins de delimitar cada uma delas, acolhe-se a posição de que são três: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.

<sup>2</sup> Nesse sentido, veja MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 31.

<sup>3</sup> Diogo Moreira Neto exemplifica outras propostas de separação de poderes: “[...] SAINT-GIRONS, em obra clássica do assunto, que não via mais que duas funções essenciais: editar as leis e fazê-las executar; a de LUIGI PALMA, que as eleva para seis: o eleitoral, o representativo, o moderador, o governante, o judiciário, o real; a de RMAGNOSI, que subia para nada menos que oito: ‘1º poder ‘determinante’: o Legislativo; 2º poder ‘operante’: o Executivo; 3º poder ‘moderador’, que devia ser exercido por uma espécie de Senado e tinha por função coordenar os demais; 4º poder ‘postulante’: uma espécie de fiscal geral dos interesses políticos; 5º poder ‘judicante’: o Judiciário; 6º poder ‘constringente’: a força pública; 7º poder ‘certificante’, que era exercido por notários, escrivães e outros servidores desse tipo, que praticam atos e fazem declarações com fé pública; e 8º poder ‘predominante’: a opinião pública.” (Interferências entre poderes do Estado: Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 26, nº 103, p. 5-26, jul./set. 1989, p.7)

<sup>4</sup> Di Pietro diz, de forma simples e justamente por isso louvável: “A primeira [a função legislativa] estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam leis ao caso concreto; a função jurisdicional, mediante a solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas” (**Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51). Identifica-se dois problemas na definição. O conceito de função jurisdicional exclui os chamados processos de jurisdição voluntária; e o de função executiva parte do pressuposto de completude da lei, limitando seu exercício à tarefa de dar concretude ao estabelecido no plano abstrato pelo legislador.

Função *Legislativa* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via das normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, se fundam imediatamente na Constituição.

Função *Jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função *Administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infra-legais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.<sup>5</sup>

Pela sua amplitude, as definições acima não são aptas a resolver todas as dúvidas que podem surgir no enquadramento dos deveres atribuídos ao Estado em cada uma das três funções. Isso, contudo, não retira sua utilidade.

A função administrativa tem maior relevância para este trabalho, pois os contratos administrativos são produzidos em sua execução. O exercício de tal função pode ser melhor percebido na realização de ações concretas pelo Estado visando a consecução de sua finalidade: o bem comum. Entretanto, não é simples definir os elementos distintivos presentes em todas aquelas ações, em contraposição às praticadas no exercício das funções legislativa e jurisdicional.

Parcela relevante do discurso jurídico brasileiro adota a ideia de que administrar, no âmbito do Estado, consiste em concretizar aquilo que o legislador previu no plano abstrato. Nesse sentido, o exercício da função administrativa se restringiria a dar concretude às leis<sup>6</sup>.

O conceito carrega a ideia da necessidade de limitar o poder do Executivo à vontade do legislador, dando papel central à lei no funcionamento da administração pública. Essa noção apenas se sustenta caso adotada a premissa de completude da lei, em uma compreensão de que seria apta e suficiente para nortear toda a ação administrativa necessária ao atingimento do bem comum.

A ideia de completude do ordenamento jurídico vem sendo descortinada ao longo do tempo. Não é possível sustentar que este conteria todas as soluções a serem adotadas pela administração pública na consecução do bem comum, tendo em vista a complexidade de suas atribuições e atividades realizadas na experiência prática. Por essa razão, a definição de função administrativa deve ser ampliada.

---

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *op. cit.*, p. 35-36, grifos do autor.

<sup>6</sup> Daí, a célebre definição de Seabra Fagundes, “administrar é aplicar a lei de ofício” (**O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 1984, p.4)

A função administrativa é a mais extensa das três funções do Estado e revela-se inadequado resumir seu exercício à concretização da lei, ante a inviabilidade de o legislador prescrever, ainda que de forma genérica, todas as ações necessárias para se atingir a finalidade do Estado de satisfação das necessidades coletivas<sup>7</sup>. É preferível um conceito de função administrativa que enuncie sua finalidade e a distingua das demais pelo método da exclusão.

Seguindo essa linha, a função administrativa é a função do Estado, exercida preponderantemente pelos órgãos e agentes do Poder Executivo, mediante a prática de atos com objetivo de promover o bem comum da sociedade, não aptos a criar normas gerais e abstratas ou coisa julgada. O termo ato utilizado na definição abarca toda a ação concreta praticada na consecução da referida finalidade, sob a forma de decisões, processos, pareceres, dentre outros.

A definição adotada amplia a função administrativa e conseqüentemente o objeto de seu controle. Em relação ao controle dos contratos administrativos, tema central do presente estudo, a seleção de uma ou outra acepção não traz repercussões diretas, haja vista que a partir de ambas parece não haver dúvidas de que os contratos administrativos são instrumentos de execução da função administrativa, sendo, portanto, objeto de controle. Indiretamente, contudo, pode repercutir na forma como é aplicado um dos parâmetros do controle estudado adiante, o da legalidade. Se a definição for na linha de restringir o exercício da função administrativa, todas as ações praticadas pela administração pública não prescritas objetivamente na lei seriam reprovadas segundo referido critério.

## 1.2 As funções do Estado, os Poderes do Estado e a competência de controle

Compreendido o conceito das funções do Estado, cabe distingui-las das estruturas orgânicas através das quais são exercidas; e estas, de suas respectivas competências.

As três funções do Estado são executadas sob um único Poder, constitucionalmente organizado para um fim também único, a promoção do bem comum<sup>8</sup>. Tal Poder uno é exercido

---

<sup>7</sup> Acolhe-se a lição de Carlos Ari Sunfeld constante do Capítulo 9 de sua obra “Direito Administrativo para céticos”, intitulado “Administrar é criar?”. Em passagem do capítulo, o autor sintetiza: “A Administração atual é um espaço de deliberação pública – feita na forma do Direito, mas não apenas considerando o Direito. O Direito dirige e limita a ação administrativa, mas não predetermina por inteiro todos os seus atos. Sobre a deliberação há controles jurídicos, checando sua compatibilidade com o Direito. Mas também influências e controles não jurídicos, de dentro ou de fora das instituições estatais, atuando pontualmente ou no longo prazo” (**Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 239).

<sup>8</sup> Embora se possa dizer que o objetivo do Estado é único, promover o bem comum, é preciso reconhecer que a definição do que seria o bem comum e a forma de atingi-lo pode variar muito de acordo com cada sociedade e o seu momento histórico. Para Azambuja “[...] o bem público é relativo para cada sociedade quanto aos meios de

mediante três estruturas orgânicas delimitadas no texto constitucional, o Poder Legislativo (art. 44 a 75 da CF), o Poder Executivo (art. 76 a 91 da CF) e o Poder Judiciário (art. 92 a 126 da CF).

Embora a nomenclatura utilizada possa causar dificuldade, não há de se confundir o Poder, que emana diretamente do povo e é a essência da própria existência do Estado, com aquelas três estruturas orgânicas através das quais o Estado exerce suas funções, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; assim como não deve ser tal Poder confundido com os poderes conferidos a cada um desses blocos orgânicos para consecução de seus deveres, as competências.

Sob o enfoque subjetivo, o Poder Legislativo exerce preponderante a função legislativa; o Poder Judiciário, a jurisdicional; e o Poder Executivo, a administrativa. Diz-se preponderantemente, porque, ao lado daquelas que lhes são próprias, cada um dos Poderes exerce também funções atípicas. O Executivo exerce a função legislativa ao editar medidas provisórias; o Judiciário exerce a função administrativa ao promover uma licitação para contratar seu fornecedor de papel. Os Poderes estatais e suas competências não se confundem com as funções estatais.

Para possibilitar o cumprimento dos seus deveres, cada um dos Poderes detém competências próprias também atribuídas e delimitadas pelo texto constitucional. Inserem-se nestas competências uma série de atividades, todas instrumento para o bom desempenho das funções do Estado, algumas explícitas na Constituição Federal, como a prestação de serviços públicos, cuja execução se insere dentre as competências necessárias ao cumprimento da função administrativa, outras implícitas nas atribuições de cada Poder fixadas na Carta Maior<sup>9</sup>.

O controle tratado neste estudo se refere àquele exercido por órgãos do Estado e que incide sobre as funções estatais, deixando de fora o chamado *controle social*<sup>10</sup>. Nesta acepção,

---

atingi-los e quanto ao seu próprio conceito” (**Teoria geral do Estado**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1986, p. 125).

<sup>9</sup> A afirmação deixa clara a distinção entre as funções do Estado e suas competências públicas. Acolhe-se a definição de competência dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “elas [as competências] são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.” (*Op. cit.*, p. 150). Maurício Zockun também faz a distinção entre função e competência, adotando igualmente o conceito de competência defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (**Regime constitucional da atividade notarial e de registro**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 41).

<sup>10</sup> Odete Medauar explica: “controle social se refere a verificações realizadas diretamente pelas pessoas físicas ou por associações da sociedade civil, com o intuito de analisar e examinar atuações administrativas já ocorridas ou que irão ocorrer, estas com base em propostas, projetos, programas, medidas que a Administração pretende adotar (**Controle da Administração Pública**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 170).

não há de se falar em uma *função estatal de controle*<sup>11</sup>. O controle não tem fim próprio, distinto dos objetivos ínsitos nas três funções estatais.

O controle da função administrativa não pode substituir o Poder Executivo no exercício de suas competências; e o controle da função legislativa não edita normas gerais e abstratas, inovando no ordenamento jurídico.

O controle representa uma *ação-meio*, que tem por objetivo assegurar o bom exercício das funções incumbidas ao Estado. Não se trata de uma quarta função inserida ao lado da administrativa, da jurisdicional e da legislativa, mas, sim, instrumento necessário para assegurar a boa consecução destas.

O controle é uma competência atribuída pela Constituição Federal aos Poderes do Estado e como tal apenas pode ser exercida dentro de seus exatos limites. Sua existência é uma condição mínima e essencial em qualquer Estado Democrático de Direito para que as funções estatais sejam exercidas corretamente. É dever para o cumprimento do qual estão outorgados poderes, na precisa acepção de competência.

### 1.3 O controle da função administrativa e suas classificações

#### 1.3.1 Significado de controle da função administrativa

Segundo dicionário da língua portuguesa, a palavra controle significa: “1. Ato ou poder de controlar. 2. Fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos etc. para que não se desviem das normas preestabelecidas”<sup>12</sup>.

Jorge Ulisses Jacoby diz existirem controvérsias sobre a etimologia da palavra controle, atribuindo “maior crédito” à explicação de Giannini, para quem a expressão teria origem no latim fiscal medieval, resultado da contração dos termos *contra* e *rotulum*. Da junção teria nascido a palavra, no francês, *contrerole*, que significa rol, relação de contribuintes a ser verificada pelos exatores<sup>13</sup>.

Carvalho Filho e Menezes de Almeida também apontam que a palavra teria nascido da contração dos termos latinos *contra* e *rotulus*<sup>14</sup>. O primeiro tem o mesmo sentido da preposição

---

<sup>11</sup> Jorge Ulisses Jacoby fala em uma função de controle, atribuindo-lhe uma essência de verificação. Mas não está a referir-se a uma função estatal (**Tribunais de Contas do Brasil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33.)

<sup>12</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 8ª ed. Paraná: Positivo. 2019.

<sup>13</sup> JACOBY, *op. cit.*, p. 33.

<sup>14</sup> Controle da administração pública e responsabilidade do estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 7, p. 31.

no português atual; o segundo significa rolo, escrito, registro; e, juntos, trariam a ideia de verificar o escrito, o registro. Odete Medauar explica que o termo controle, etimologicamente, consistiria em galicismo, do francês *contrerole*<sup>15</sup>.

O estudo etimológico da palavra e suas diversas acepções é extremamente rico. Mas definição acima trazida pelo dicionário da língua portuguesa atual e o significado dos termos em latim que originaram a palavra são suficientes para se compreender o significado de controle. O termo traz a ideia de verificação, exame, confirmação, fiscalização, averiguação de algo frente a normas, regras, parâmetros preestabelecidos, registrados, escritos; de contraposição, de contraste de algo perante determinados padrões escritos.

Aquele que exerce controle precisa realizar o confronto entre o objeto do controle (por exemplo, atos ou conduta administrativa) e certos parâmetros ou regras pré-definidas, que podem ser a lei, as melhores práticas, normas técnicas, sempre preexistentes. Assim ocorre com controle da função administrativa. Através dele, verifica-se se os atos praticados no exercício da função estão em conformidade com parâmetros pré-fixados.

A partir do exposto acima, é possível formular o seguinte conceito de controle da função administrativa<sup>16</sup>: é a competência atribuída pela Constituição Federal a determinado órgão ou sujeito de realizar a contraposição dos atos e condutas praticados no exercício da função administrativa do Estado com parâmetros formalmente preestabelecidos, para o fim de conformar o objeto do controle com estes, podendo o controlador, para tanto, valer-se dos poderes próprios da competência atribuída e respeitados os seus limites<sup>17</sup>.

No presente estudo, o termo fiscalização é utilizado com dois sentidos distintos. O primeiro é mais amplo e o iguala ao de controle acima apresentado. O segundo se refere a espécie de ação ou procedimento utilizado pelo TCU no desempenho de sua competência; é

---

<sup>15</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 26.

<sup>16</sup> Amauri Feres Saad apresenta o seguinte conceito de controle, no âmbito do Direito Administrativo: “[...] é a competência (e, portanto, o dever) cometida a um agente público isolado ou a um colegiado para contrastar atos jurídicos ou materiais de outro(s) agente(s) público(s) em face das balizas jurídicas (constitucionais, legais e infra-legais, portanto) que os regeram, podendo, conforme norma de competência assim estabeleça, atuar objetiva ou subjetivamente, em constatada situação de ilicitude” (O Controle dos Tribunais de Contas sobre Contratos Administrativos. In: FERRAZ, Sérgio et al. (coords). **Direito Administrativo e Liberdade**. Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 62). Embora seja esclarecedor e reconhecido o valor do conceito proposto pelo autor, não se acolhe integralmente a definição tendo em vista a constatação de que o controle não age apenas em situação de ilicitude. A depender do tipo de controle, conseqüentemente, os parâmetros utilizados podem ser voltados, por exemplo, para assegurar uma solução mais eficiente, o que não quer dizer que outra solução que venha a ser objeto do controle seja ilícita. A não aprovação pelo Senado Federal de empréstimos com organismo internacional, típico ato de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, não se dá exclusivamente sob o critério da licitude.

<sup>17</sup> Odete Medauar diz existirem dois sentidos possíveis para o controle da administração pública: um restrito ou técnico-jurídico e outro amplo. Em seu estudo sobre o tema, adota o sentido amplo, que significaria a “verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotado, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista técnico, a decisão ou o agente”. (*Op. cit.*, p. 31)

instrumento utilizado no exercício do controle da função administrativa, que será estudado no tópico 3.2.1 à frente.

Os parâmetros pré-definidos a serem utilizados variam de acordo com o tipo de controle. No controle jurisdicional da função administrativa realizado pelo Poder Judiciário, por exemplo, o parâmetro consiste na lei e normas jurídicas infra-legais aplicáveis. Outros parâmetros não de ser considerados no controle legislativo exercido sobre a função administrativa. O estudo de cada uma das espécies de controle exigirá a identificação de seus parâmetros.

### 1.3.2 Necessária ressalva quanto à dificuldade de definição do objetivo do controle da função administrativa

Embora pareça simples definir o controle da função administrativa, conforme acima, não se pode desconsiderar a dificuldade de se definir o seu conteúdo. O problema tem uma fonte conhecida: a influência direta que sofre do consenso que se forma em cada sociedade sobre o significado de bem comum, enquanto finalidade única e precípua do Estado, e sobre a forma como deve ser alcançado. A maneira de agir do Estado na persecução do bem comum varia de acordo com a compreensão deste conceito.

Sem pretender eliminar a complexidade que o tema traz, pode-se dizer, de forma resumida, que os Estados Liberais, típicos das sociedades ocidentais do século XIX, pregavam um Estado mínimo, suficiente apenas para resguardar a sociedade das tiranias do poder absoluto do monarca. A noção de bem comum e a finalidade precípua do Estado estão ligadas, nesse contexto, às garantias de liberdade e de direitos civis mínimos. Sua consecução exigia do Estado principalmente uma postura negativa, de contenção do poder.

A liberdade está no centro da ideia de bem comum nas sociedades que adotaram o Estado Liberal, tendo a lei como seu principal instrumento<sup>18</sup>. A função legislativa tem grande peso nessa espécie de Estado e a estrita legalidade é entendida como solução para a maior parte das questões.

---

<sup>18</sup> O art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diz “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.” Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 30 out. 2021.

Nos Estados Sociais, a noção de bem comum vai além da defesa do povo contra as arbitrariedades do poder sem limites. Está associada ao acesso, pela população, a condições mínimas de saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, dentre outras. Nessa perspectiva há a demanda por uma postura ativa e intervencionista do Estado, a fim de proporcionar à sociedade em geral serviços e utilidades essenciais<sup>19</sup>.

É claro que a ideia de bem comum não varia de acordo com o binário Estado Liberal e Estado Social. Dentre um e outro há, e até fora deles, há grande número de possíveis caminhos, cada qual com suas especificidades e complexidades, mas que são desnecessários pontuar aqui. Para o presente estudo, o importante é compreender que o conteúdo e o fim almejado com o exercício da função pública variam segundo as bases teóricas nas quais cada sociedade alicerça o Estado.

A variação se projeta na compreensão e delimitação dos deveres-poderes do controle da função administrativa do Estado. Assegurar a estrita legalidade dos atos praticados pelos órgãos do Executivo ou a sua eficácia para o atingimento de determinadas metas representam duas concepções bem distintas do objetivo do controle da função administrativa.

O debate é pano de fundo das mais importantes discussões sobre as possibilidades e limites do controle da função administrativa. O tema será retomado mais adiante. Para o momento, é necessário apenas saber de sua existência e a proposta adotada na busca da solução. É que premissas distintas levarão inevitavelmente a respostas diferentes para uma mesma pergunta.

Nesse sentido, deve ser logo respondido o seguinte questionamento: qual fonte deve ser buscada na identificação do conteúdo do controle das funções do Estado brasileiro atualmente?

A resposta é a Constituição Federal em vigor. De lá deve ser extraída a maneira como o Estado brasileiro deve se organizar para o atingimento de suas finalidades. Lembre-se: não há um conceito inexorável para a definição das funções do Estado e nem como devem ser

---

<sup>19</sup> Antônio França Costa resume bem as ideias de Azambuja a respeito dessa variação verificada na concepção de bem comum e do papel do Estado. Diz: “Azambuja observa que, quanto às atribuições do Estado, é possível identificar três correntes: a abstencionista, a socialista e a eclética. Na corrente abstencionista, típica do Estado Liberal, o Estado tem como função manter a ordem interna e externa, deixando o resto para a iniciativa individual, nos moldes da tradicional doutrina francesa do *laissez faire*. Na corrente socialista, ocorre a intervenção do Estado em todas as matérias. E na corrente eclética, encontra-se um meio termo. Para que o Estado atinja os seus fins, é necessário nem deixar fazer, nos moldes da teoria abstencionista, nem fazer, como quer a teoria socialista, mas ajudar a fazer, de maneira que a competência do Estado dever ser supletiva, somente atuando quando os particulares não puderem fazer. Assim, as competências que são atribuídas ao Estado para realização do bem comum se ampliam ou se restringem a depender do consenso que se forma em torno do papel do Estado”. (**Controle de legitimidade do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil**. Orientador Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2015, p. 31)

exercidas. O que ocorreu foi uma construção política que se encontra representada no texto constitucional. Conseqüentemente, dele também devem ser extraídos os deveres atribuídos aos Poderes do Estado, aos seus órgãos e poderes instrumentais, isto é, suas competências.

A premissa adotada parte do reconhecimento da importância do processo de constitucionalização pelo qual passou o direito de forma mais densa após a Segunda Guerra Mundial. Em meio a tal processo, dentre tantas outras coisas, reconheceu-se a força normativa das constituições federais, deixando estas de ter um papel meramente programático e político.

O reconhecimento da força normativa da Constituição Federal não significa dizer que todas as ações a serem praticadas no exercício das funções do Estado estão prescritas no seu texto. Não há completude do texto constitucional em diversas frentes das atividades do Estado. Entretanto, a organização do Estado, assim como a distribuição de competências, é feita pela Carta Maior, de modo que tais poderes instrumentais utilizados no cumprimento das funções do Estado apenas existem quando encontram fundamento em seu texto.

A explicação acima tem o propósito, inclusive, de justificar a importância dada no presente estudo ao texto da Constituição Federal de 1988 na complexa empreitada de entender a competência do TCU.

### 1.3.3 As classificações do controle da administração pública

Em qualquer área do conhecimento, as classificações não têm um fim em si mesmas. Em direito, apenas são úteis quando distinguem o regime jurídico, o comportamento, os efeitos ou outros atributos que se verificam no objeto classificado ou quando proporcionam sua melhor compreensão.

O propósito da classificação do controle da função administrativa adiante apresentada é exclusivamente didático e de suporte. Auxiliará na compreensão do tema central do presente estudo, o controle dos contratos administrativos pelo TCU, quando mais à frente for apresentado.

A literatura jurídica nacional apresenta extenso rol de possíveis classificações do controle da administração pública<sup>20</sup>, que sofrem variações a depender do autor. A classificação adiante procura expor os critérios e classes mais comuns adotados pelos autores brasileiros.

---

<sup>20</sup> Hely Lopes Meirelles classifica o controle da seguinte maneira: (a) de acordo com o Poder, órgão ou autoridades que o exercem, executivo, legislativo e jurisdicional; (b) de acordo com o fundamento, hierárquico e finalístico; (c) segundo a localização, interno ou externo; e (d) segundo o momento, prévio, concomitante ou sucessivo (**Direito Administrativo Brasileiro**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 568). Di Pietro expõe as espécies de controle a seguir: (a) administrativo, legislativo e judicial; (b) prévio, concomitante e posterior; (c)

Os critérios segundo os quais é classificado o controle do exercício da função administrativa são: o *subjetivo*, segundo a natureza do controlador; *de localização* ou *âmbito do controle*; de acordo com o *momento* de sua realização; e com o *objeto* do controle ou aspecto da ação controlada.

Quanto ao critério subjetivo, associado ao órgão que exerce o controle, os autores nacionais, quase de forma unânime, apresentam três classes: (a) o controle legislativo ou parlamentar; (b) o controle judicial; e o (c) controle administrativo.

O controle legislativo ou parlamentar é aquele exercido pelos órgãos do legislativo sobre os responsáveis pelo exercício da função administrativa situados em qualquer outro Poder. Alguns autores o dividem de acordo com os prismas que são utilizados em sua realização: o político e o administrativo-financeiro<sup>21</sup>.

O controle parlamentar político visa assegurar a convivência harmônica entre os Poderes do Estado, representado pelo sistema de *freios e contrapesos*<sup>22</sup>, e tem fundamento constitucional por ser diretamente ligado ao sistema tripartite trazido na Carta Maior. Como exemplo, tem-se a necessidade de autorização pelo Congresso Nacional das ausências do Presidente da República (art. 49, III, da CF); autorização pelo Senado Federal da realização de operações financeiras externas de qualquer pessoa federativa (52, V, da CF); e convocação de ministros pelo Senado ou Câmara dos Deputados para prestar esclarecimentos sobre determinados temas (art. 50, *caput*, da CF). Através dos exemplos se vê claramente o caráter político dessa espécie de controle, natural do Poder de maior representatividade da população.

---

interno e externo; e (d) de legalidade e de mérito (DI PIETRO, *op. cit.* p. 810). Carvalho Filho e Menezes de Almeida utilizam os seguintes critérios para a classificação e respectivas espécies: (a) de acordo com a natureza do controlador, controle legislativo, judicial e administrativo; (b) com âmbito do controle, controle interno e controle externo; (c) do objeto do controle, controle de legalidade e controle de mérito; (d) do âmbito da administração, controle por subordinação e controle por vinculação; (e) critério da oportunidade, controle prévio, concomitante e posterior; (f) do agente deflagrador, controle *ex officio* e controle provocado. (*Op. cit.*, p. 42-57)

<sup>21</sup> É o caso de Carvalho Filho e Menezes de Almeida (*Ibid.*, p. 155/156).

<sup>22</sup> Afonso José da Silva explica: “A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).” (**Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112)

O controle legislativo pode assumir feição administrativo-financeira, também chamado por alguns de controle técnico-financeiro. Trata-se do controle exercido pelo Poder Legislativo sobre os órgãos e autoridades de seus próprios quadros, do Poder Judiciário e Executivo em suas atividades administrativas e financeiras, analisando a gestão e gasto dos dinheiros públicos. Pelo seu papel de gestor da função administrativa, sem sombra de dúvidas, esse tipo de controle recai principalmente no Poder Executivo.

Sob o critério da localização ou âmbito em que é exercido, tem-se o controle externo e interno. O controle interno é aquele realizado por órgão do próprio Poder em que incide. Segundo o art. 74 da Constituição, cada Poder deve dispor de sistema de controle interno. É o controle típico das controladorias dos entes federados, consistente, no âmbito federal, na Controladoria Geral da União – CGU.

Aqui vale distinguir expressões usualmente observadas na literatura jurídica e legislação brasileiras: controle interno e sistema de controle interno. É comum utilizar o termo *controle interno* para designar o exercício do autocontrole, da autotutela, cujo dever-poder é atribuído a todo e qualquer órgão da administração. Já o *sistema de controle interno* consiste em estrutura orgânica incumbida de realizar a fiscalização financeira, orçamentária e patrimonial dos órgãos do próprio Poder que integra. É o caso justamente das citadas controladorias do Executivo de cada ente da Federação. Não raras vezes, as expressões são utilizadas sem muita precisão. Para fins da classificação ora tratada, o controle tido por interno se trata do *sistema de controle interno* mantido por cada Poder e referido no art. 74 da Carta Maior, conforme acima definido.

O controle externo, como o nome diz, é realizado por estrutura orgânica alheia ao Poder do órgão controlado. Exemplos típicos da espécie são os executados pelos Tribunais de Contas e o controle pelo Poder Judiciário dos atos do Executivo.

De acordo com o momento de sua realização, o controle pode ser classificado em prévio, concomitante e posterior. O primeiro é o menos observado dentro dos Poderes brasileiros, tendo em vista a dificuldade e o esforço que gera verificar a conformação de determinado ato ou conduta da administração pública com parâmetros pré-estabelecidos previamente à sua prática. Exemplo desse controle são os pareceres emitidos em meio ao processo de licenciamento ambiental.

O controle concomitante é aquele que acontece ao mesmo tempo do exercício da atividade fiscalizada. Por questões de viabilidade material, normalmente incide sobre condutas e não atos. Exemplo dele é a fiscalização da execução de obras públicas pelo órgão do Poder Executivo contratante.

O controle posterior é o mais comum na organização do Estado brasileiro. Ocorre após a prática do ato ou conclusão da conduta ou processo. O controle de legalidade dos atos do Poder Executivo pelo Judiciário é realizado normalmente de forma posterior à sua prática, embora existam meios que permitem o controle prévio, a exemplo do mandado de segurança impetrado para afastar ameaça ao direito do impetrante por um ato cuja prática é eminente.

Por último, tem-se a classificação do controle de acordo com o objeto controlado ou do aspecto do ato ou conduta controlada. Segundo tal critério, controle pode ser dividido em controle de mérito e de legalidade. Trata-se de uma divisão muitas vezes problemática de realizar no plano prático, pois não é simples delimitar, em determinadas circunstâncias, a parcela do conteúdo do ato que represente o seu mérito.

Para esclarecer a classificação, basta, contudo, explicar que, segundo a maior parte dos autores que a adotam, o controle de legalidade é aquele que contrapõe o ato ou conduta controlada à lei, ao regulamento, ao decreto e outras manifestações normativas<sup>23</sup>, verificando sua conformação com estas. Está diretamente ligado ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF) e à competência vinculada da administração pública. Se realizado no âmbito do próprio Poder Executivo, consiste no exercício da *autotutela*. O controle feito pelo Poder Judiciário dos atos administrativos é típica expressão do controle de legalidade.

O controle de mérito não tem relação com a legalidade do ato ou conduta analisada; incide sobre o elemento do ato cuja margem de decisão *a priori* é conferida somente ao administrador que o pratica. Constitui uma espécie de reexame do ato ou conduta administrativa, a partir do qual se faz sua revisão ou alteração, sem que isso sirva para reestabelecer a legalidade, atingido aquilo que hodiernamente se chama mérito administrativo. Para a maior parte dos autores, esse tipo de controle está ligado à competência discricionária da administração pública<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Têm razão Carvalho Filho e Menezes de Almeida ao dizerem que: “[...] apesar do termo legalidade, o controle não se limita ao confronto do ato ou da conduta com a lei, assim considerada o ato fundamental de exercício da função legislativa. Inclui-se também nessa categoria de controle o cotejo entre os atos da própria administração, como decretos, regulamentos, instruções, portarias, ordens de serviços e outros congêneres. Com efeito, se determinado ato contraria outro de caráter normativo, legítimo e de maior hierarquia, estará contaminado indiretamente de ilegalidade pelo fato de lhe ser antagônico, ou seja, de contrariar ato legal”. (*Op. cit.*, p. 46).

<sup>24</sup> Di Pietro admite a possibilidade do exercício do controle de mérito da administração pública pelo Poder Legislativo, com limitações, contudo, não explica ou exemplifica sobre que atos ou competências se daria esse controle, dizendo apenas: “O controle ainda pode ser de legalidade ou de mérito, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada. O primeiro pode ser exercido pelos três Poderes; o segundo cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo.” (*Op. cit.*, p. 810).

A dualidade controle de legalidade *versus* controle de mérito tradicionalmente acolhida no discurso jurídico brasileiro não se mostra de simples aplicação na atualidade<sup>25</sup>. A inclusão da legitimidade no rol de parâmetros do controle pela Constituição de 1988 tornou tarefa ainda mais difícil delimitar qual seria essa parcela do ato praticado na função administrativa tida por mérito, a separar as espécies de controle exercido sobre tal.

---

<sup>25</sup> Essa complexidade advém inclusive da dificuldade, atualmente, de se identificar casos de exclusiva ou absoluta vinculação ou discricionariedade. Sobre a questão, o professor Marcos Augusto Perez pontua: “Anotese que, em razão da crescente complexidade e diversificação das normas de Direito Administrativo e em função da multiplicação e da especialidade das atividades desempenhada pela Administração, é cada vez mais raro encontrar casos de vinculação absoluta ou total discricionariedade nas ações cotidianas das autoridades públicas. As decisões tomadas pela Administração por vezes seguem-se a uma sequência de atos, ou a um procedimento, em que se misturam atos vinculados e discricionários, há vezes mesmo em que a autoridade, em tese gozando de um poder discricionário, ao declarar os motivos de sua conduta a estes, se vincula, deixando de ter qualquer margem de liberdade para a decisão a ser tomada.” (Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Fórum. 2017, p. 67)



## 2 O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### 2.1 O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988: posição institucional e sua relação com o Congresso Nacional

O Título IV da Constituição Federal de 1988 estabelece a *Organização dos Poderes* do Estado brasileiro. O Título foi dividido em quatro Capítulos. O primeiro é dedicado ao Poder Legislativo; o segundo, ao Poder Executivo; o terceiro, ao Poder Judiciário; e o último, às funções essenciais à Justiça, nas quais se inserem o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública.

Foi dito que a definição das funções do Estado é fruto de construções políticas. Inexiste uma essência em cada uma delas a ser respeitada na construção do Estado pelas sociedades. Do Título IV da Constituição Federal, extraem-se as opções políticas feitas no desenho das funções públicas no Estado brasileiro. Nele são descritas as estruturas orgânicas que compõem cada um dos Poderes, sua forma de composição, competência e organização e a maneira como se relacionam entre si.

Como próprio das constituições modernas do ocidente, o Estado brasileiro adotou o modelo tripartite de Poderes, que exercem o controle político um sobre o outro, em um sistema que ficou conhecido como *freios e contrapesos*<sup>26</sup>.

Ao Poder Legislativo no âmbito federal, foi dedicado o Capítulo I do Título IV do texto da Constituição. Nele são definidos os seus órgãos, respectivas competências e forma de organização, assim como o processo a ser observado no exercício da função legislativa, o processo legislativo.

Além de sua função própria de inovar, através de regras gerais e abstratas, no ordenamento jurídico, cabe ao Legislativo a fiscalização do Poder Executivo. Tal atribuição se verifica claramente do rol de competências atribuídas ao Congresso Nacional, como, por exemplo, a de tomar as contas do Presidente da República, quando não apresentadas no prazo de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (art. 51, II, da CF); autorizar operações externas de natureza financeira (art. 52, IV, da CF); e aprovar a exoneração, de ofício, do Procurador Geral da República (art. 52, XI, da CF).

---

<sup>26</sup> Cf. nota 22.

A Sessão IX daquele Capítulo I trata sobre a “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, inserindo-a dentre as atribuições do Poder Legislativo. O art. 70 da Carta Maior diz:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receita, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Com efeito, a fiscalização de natureza contábil, financeira e orçamentária da União Federal é exercida mediante controle externo e interno de cada Poder. Conforme tratado no item 1.4.2 do Capítulo 1 deste trabalho, o controle externo pressupõe que controlador e controlado integrem estruturas orgânicas distintas, por isso a denominação “externo”. É o caso do Legislativo em relação ao controle contábil, financeiro, patrimonial, operacional e orçamentário dos órgãos do Executivo Federal tratado no art. 70 do texto da Constituição Federal.

Tem-se aí a primeira constatação para a compreensão do sistema de controle em âmbito Federal: o controle externo, na seara contábil, patrimonial, operacional, financeira e orçamentária, do Executivo cabe ao Legislativo.

Sobre a forma como tal controle externo é exercido, o art. 71 da Carta Maior define: “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”. O inciso I do dispositivo define a competência da Corte de Contas Federal, tema que será tratado mais adiante.

O TCU é um órgão<sup>27</sup>, não tendo, portanto, personalidade jurídica própria. É tratado na Constituição em Sessão inserida no Capítulo dedicado ao Poder Legislativo, a quem foi atribuído o controle externo do Executivo, a ser exercido com seu auxílio. Ao assim proceder,

---

<sup>27</sup> De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, órgãos públicos são unidades às quais são repartidos os encargos do Estado, representativas, cada qual, de uma parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhes são afetos. (*Op. cit.*, p. 147-148)

o legislador deixou clara sua opção política de alocar o TCU na estrutura orgânica Legislativo Federal<sup>28 29</sup>.

É possível enxergar lógica por trás da escolha: o TCU e o Congresso Nacional exercem o controle externo do Executivo, tendo o primeiro o papel de auxiliar o último na tarefa. A organização é coerente com o perfil dos órgãos: enquanto o TCU assume função técnica, na área de contas, o Congresso Nacional é órgão essencialmente político, de maior representatividade da sociedade no âmbito do Estado.

Não é possível, contudo, cravar sua razão, pois, assim como ocorre com as funções do Estado, não há uma essência em suas estruturas orgânicas que pré-definam a posição institucional de cada. Trata-se de uma construção política que sofre influência dos mais diversos fatores<sup>30</sup>.

O texto constitucional parece deixar claro que a escolha foi no sentido de inserir os Tribunais de Contas na estrutura orgânica dos Poderes Legislativos de cada esfera da Federação, atribuindo-lhes o papel de auxiliar, conforme o caso, o Congresso Nacional, Assembleias Legislativas ou Câmaras dos Vereadores na realização do controle externo da função administrativa, especificamente sob o aspecto contábil, financeiro, patrimonial e orçamentário. São órgãos técnicos que auxiliam o Legislativo no controle externo do Executivo.

Caso a Constituição Federal quisesse excluir os Tribunais de Contas das estruturas orgânicas dos Poderes, teria procedido como fez com o Ministério Público e a Advocacia

---

<sup>28</sup> Nem sempre o TCU esteve inserido na estrutura orgânica do Poder Legislativo. A professora Odete Medauar faz uma incursão na história institucional do TCU, demonstrando que sua criação ocorreu por meio do Decreto-lei n.º 966-A, de 07.11.1890, e que a Constituição de 1891 não o incluiu nas estruturas orgânicas de qualquer dos Poderes; a de 1937 o incluiu na parte dedicada ao Poder Judiciário; a de 1946 o menciona no capítulo relativo ao Poder Legislativo, na seção que trata do orçamento; a de 1967 e a Emenda Constitucional 1/1969 o inseriu no capítulo que trata do Legislativo, na sessão sobre Fiscalização Financeira e Orçamentária, atribuindo-o o papel de auxiliar o referido Poder no exercício do controle externo (*Op. cit.*, p. 124/125).

<sup>29</sup> STF. ADI 375/DF. Rel. Min. Octávio Gallotti. Tribunal Pleno, julgado em 30 out. 1991, publicado em DJ de 14 fev. 1992; STF. ADI 4.190/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 10 mar. 2010, DJe 105, publicado em 11 jun. 2010.

<sup>30</sup> Sobre as opções feitas pelo constituinte no texto constitucional, vale conferir a obra de André Rosilho por relatar a discussões havidas na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) na definição da posição institucional do Tribunal de Contas da União. Mediante análise do contexto histórico em que esteve inserida a ANC e dos depoimentos dos seus participantes, o autor levanta duas hipóteses para a razão de a Corte de Contas Federal ter sido incluída na estrutura do Poder Legislativo, e adota como a mais provável ter sido fruto “de um cálculo político, orientado pelo contexto histórico no qual a ANC estava inserida”. Sobre esse ponto específico, explica: “dado o processo de reconstrução e fortalecimento do Legislativo na Constituinte, é possível que os Tribunais de Contas tenham estrategicamente optado por permanecer atrelados a esse Poder, tomando “carona” no seu processo de reforma. Partindo-se da premissa de que a ANC procuraria fortalecer o Legislativo – ampliando suas competências e prerrogativas –, seria razoável supor que, neste ambiente, também haveria espaço para a ampliação das atribuições e dos instrumentos de controle dos Tribunais de Contas (órgãos até então integrante desse Poder). Nessa perspectiva, fortalecer o Legislativo implicaria, por consequência, robustecer os Tribunais de Contas – e vice versa”. (ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: Competência, jurisdição e instrumento de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 61

Pública, que foram tratados em capítulo próprio distinto daqueles que versam sobre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Veja que, embora tais órgãos tenham relação direta com a função jurisdicional, não foram inseridos na estrutura organizacional do Poder Judiciário. Opção distinta foi feita em relação aos Tribunais de Contas, que, além de auxiliar o Poder Legislativo no controle do exercício da função administrativa, integram sua estrutura orgânica, de acordo com o texto constitucional.

Embora firme nesse entendimento, não se pode deixar de reconhecer vozes de peso que defendem posição distinta. Odete Medauar<sup>31</sup> e Márcia Pelegrini<sup>32</sup> entendem não pertencerem os Tribunais de Contas a qualquer dos Poderes, sendo estruturas de controle independentes.

O fato de o TCU integrar o Poder Legislativo não significa que não tenha autonomia. A Constituição Federal garantiu autonomia ao TCU para se organizar internamente, estendendo a ele as prerrogativas atribuídas em seu art. 96 aos Tribunais de Justiça do País, dentre elas, a de eleger seus órgãos diretivos, elaborar seu regimento interno, organizar suas secretarias e prover os cargos necessários ao seu funcionamento.

O TCU tem quadro próprio distinto dos demais órgãos do Legislativo, e aos seus ministros foram concedidas as mesmas garantias e prerrogativas atribuídas aos ministros dos Tribunais Superiores de Justiça, a exemplo da vitaliciedade (art. 73, §3º, da CF), as quais têm o claro propósito de assegurar a independência das referidas autoridades em suas decisões.

Analisado o cenário acima, parece não haver dúvidas sobre a independência funcional e decisória do TCU. Apesar de o Congresso Nacional e TCU integrarem, ambos, o Poder Legislativo, inexistem hierarquia<sup>33</sup> entre os dois órgãos. Não há contradição entre o fato de o

---

<sup>31</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 138.

<sup>32</sup> Sobre a posição institucional dos Tribunais de Contas, assim se posiciona a Profa. Márcia Pelegrini: “Trata-se de órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas não subordinado, e que tampouco integra a sua estrutura, não se inserindo nas linhas rígidas da tripartição de poderes, a exemplo do que ocorre com o Ministério Público. Todavia, não o concebemos como um dos poderes da República, mas, adotando o entendimento de Odete Medauar, o consideramos um conjunto orgânico autônomo”. (A Consensualidade como Método Alternativo para o Exercício da Competência Punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto (coord.). **Direito Sancionador Administrativo**. Estudos em homenagem ao Professo Emérito da PCU/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 402).

<sup>33</sup> Não há consenso sobre o conceito de hierarquia entre órgãos do Estado. Amauri Ferres Saad utiliza as ideias de Paulo Otero para distinguir a relação de controle da hierarquia administrativa. O autor português identifica características na hierarquia administrativa e na relação de controle, que os contrapõem e podem ser assim resumidas: (a) Na hierarquia administrativa, o espaço de liberdade dos subalternos poderia ser discricionariamente reduzido ou até suprimido por seu superior, enquanto o controle tem por pressuposto a liberdade da entidade controlada e a tipicidade da intervenção do controlador; (b) a hierarquia confere ao superior um conjunto de poderes inerente à sua qualidade; os poderes que compõem o controle não podem ser presumidos, apenas existindo na medida e sob a forma definida na lei; (c) a relação hierárquica é uma forma de organização típica das entidades públicas, salvo previsão legal em contrário; o controle tem natureza excepcional face a autonomia do ente descentralizado, em razão do que as respectivas disposições devem sempre ser interpretadas restritivamente; (d) a hierarquia é fenômeno intra-subjetivo e o controle inter-subjetivo; (e) o dever de obediência do subalterno e o

TCU ter o papel de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo e não ser seu subordinado<sup>34</sup>.

Não cabe à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal substituir as decisões do TCU quando delas discordar, como ocorre em uma relação hierárquica; e nem todos os poderes instrumentais inerentes ao dever de fiscalização contábil, financeira, patrimonial e orçamentária da União cabem ao TCU, estando eles limitados ao rol trazido nos incisos do art. 71 da Constituição Federal, conforme será analisado no próximo tópico.

Se, por um lado, a Constituição Federal deixou claro que o TCU não realiza sozinho a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União, ao atribuir-lhe papel de auxiliar o titular dessa competência (Congresso Nacional), por outro, assegurou-lhe independência funcional e decisória.

Essa independência não coloca em choque as decisões e ações dos referidos órgãos no exercício do controle externo. Elas são harmonizadas através das competências atribuídas a cada um pelo texto constitucional. Ao analisá-las, vê-se que, em determinados temas, TCU e Congresso Nacional atuarão sempre em conjunto; e, em outros, de forma separada. Da mesma forma, o Congresso Nacional não está vinculado à posição do TCU ao decidir certos temas, podendo se posicionar de maneira distinta e até contrária a este. Ora o TCU poderá atuar isoladamente, sem depender do Congresso Nacional para expedição de atos ou decisões, ora sua manifestação servirá apenas como uma espécie de subsídio técnico a ser considerada na tomada de decisão do Congresso Nacional<sup>35</sup>.

---

poder de direção do superior compõem o próprio conceito jurídico de hierarquia; no controle há uma relação de autonomia e não de subordinação; na hierarquia administrativa, o vínculo de subordinação confere ao superior o poder de dispor sobre a vontade do subalterno; no controle, ao contrário, o controle apenas pode condicionar a vontade da entidade controlada, não podendo lhe impor que adote qualquer ação; e (f) os subalternos nunca poderão demandar o controle jurisdicional dos atos do seu superior hierárquico dirigidos a si; no controle sempre haverá a possibilidade do controlado impugnar contenciosamente os atos de seu controlador. (SAAD, *op. cit.*, p. 69)

<sup>34</sup> Não é esse o entendimento dos autores Pedro Dutra e Thiago Reis. Ao comentar o tratamento dado ao Tribunal de Contas da União pela Constituição Federal de 1988, os autores defendem que sua posição de auxiliar do Congresso importaria em subordinação àquela Casa Legislativa (**O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura**. São Paulo: Editora Singular, 2020, p. 39).

<sup>35</sup> Não há consenso entre os autores nacionais sobre a forma como o Congresso Nacional se relaciona com o Tribunal de Contas da União e a independências dos órgãos. Acolhe-se parcialmente a posição defendida por Alexandra Katia Dallaverde, para quem: “A sistemática traçada pela Constituição Federal relativamente ao controle externo, mais especificamente acerca do controle exercido sobre os aspectos financeiros e orçamentários da atuação administrativa, nos permite concluir que a função encontra-se dividida entre o Poder legislativo e o Tribunal de Contas, segundo as competências que lhes foram pontualmente conferidas, ora atuando em conjunto, ora separadamente. Isso porque, algumas competências fiscalizatórias do Tribunal de Contas não passam pelo crivo do Poder Legislativo, e vice-versa, enquanto outras atribuições decorrem de sua atuação conjunta, figurando, por vezes, o Tribunal de Contas enquanto órgão colaborador do Poder Legislativo no exercício de suas competências fiscalizatórias.

Nesse sentido, pode-se elencar, enquanto modalidade de atuação do Tribunal de Contas em auxílio ao Poder Legislativo, a formulação de parecer prévio sobre as contas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo; a

Conforme art. 70 da Constituição Federal, o controle externo é titularizado pelo Congresso Nacional, mas o TCU não funciona apenas como um mero assistente nas atividades, sem poder decisório ou de ação. A forma como o TCU se relaciona com o Congresso Nacional no exercício da fiscalização orçamentária, contábil e financeira da administração pública pode ser extraída das competências da Corte de Contas definida no art. 71 da Constituição Federal. Não há uma fórmula única, devendo cada uma ser analisada para se compreender a maneira como Tribunal de Contas e Congresso Nacional atuarão em relação às diferentes atribuições próprias do controle externo.

Entender todo esse quadro é essencial para a compreensão das possibilidades e limites da atuação no TCU, inclusive em relação aos contratos administrativos. Seria difícil assimilar, por exemplo, a competência do TCU no §2º do art. 71 da Constituição Federal tratada no tópico 5.2.3 deste trabalho sem compreender a forma como se relaciona com o Congresso Nacional no exercício do controle externo da função administrativa.

Do exposto até aqui, e retomando, para fins didáticos, as classificações apresentadas no item 1.3.3 do Capítulo anterior, constata-se ser o controle exercido pelo TCU externo, pois controlado (administração pública) e controlador fazem parte de estruturas orgânicas de Poderes distintos. O primeiro integra o Executivo e o segundo, o Legislativo<sup>36</sup>.

Referido controle pode ser classificado, a partir do critério subjetivo, como controle parlamentar<sup>37</sup> técnico-financeiro, haja vista ser exercido por órgão que compõe o Poder Legislativo e ter por objeto a gestão e gastos de dinheiros públicos. O art. 70, que trata especificamente do controle exercido pelo Legislativo sobre a função executiva, está inserido em Sessão de Capítulo da Constituição Federal, o qual versa sobre a “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”.

---

realização de auditorias e inspeções por solicitação do Poder Legislativo; o assessoramento prestado às Comissões Parlamentares de Inquérito, quando houver solicitação; e o assessoramento da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização”. (Atuação parlamentar no exercício do controle financeiro e orçamentário. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coords.), **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.237). A autora entende que o TCU não integra o Poder Legislativo, aduzindo que a função do controle externo estaria dividida entre eles. Como exposto no tópico 2.1. do presente trabalho, discorda-se dessa posição. Contudo, acolhe-se a ideia de que as atividades de controle externo foram distribuídas entre o Congresso Nacional e o TCU, atuando estes ora em conjunto ora em separado; ora de forma independente, ora sem autonomia para emitir a decisão ou comando final; tudo de acordo com a delimitação trazida no art. 71 da Constituição Federal.

<sup>36</sup> Não se ignora o fato de o TCU também realizar a fiscalização dos órgãos do próprio Legislativo quando exercem a função administrativa. Trata-se, contudo, de exceção, pois a função administrativa não é típica do Legislativo, de modo que seu controle pelo Tribunal de Contas da União é insuficiente para dizer que poderia este ser classificado como órgão de controle interno.

<sup>37</sup> Ao classificar o controle exercido pelo TCU como parlamentar não se pretende dizer que exercer o controle de atos do Parlamento. A classificação é dada a partir do critério subjetivo, notadamente porque o TCU integra a estrutura orgânica do Poder Legislativo, em linha com a lição de Carvalho Filho e Menezes de Almeida (*Op. cit.*, p. 155/156).

Não foi qualquer espécie de fiscalização que foi atribuída ao Congresso Nacional e ao TCU, mas a contábil, financeira e orçamentária. O TCU, conforme diz o nome, trata-se de uma Corte de *Contas*.

## 2.2 Competência do Tribunal de Contas da União

A Constituição Federal é a fonte da qual emana os deveres do TCU e seus poderes instrumentais. Seu art. 71 se incumbiu da tarefa. Em segundo plano está a Lei Federal n°. 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU), que detalha a competência atribuída à Corte de Contas pela Carta Maior.

O legislador constituinte decidiu listar as atribuições do controlador ao invés de estabelecer genericamente sua competência para o exercício do controle externo em auxílio ao Congresso Nacional, observados o objeto e a finalidade definidos no art. 70. Embora o art. 71 seja taxativo na delimitação da competência do TCU, são amplos os deveres da Corte de Contas Federal e respectivos poderes instrumentais.

Existem várias formas de apresentar a competência do TCU. A mais comum é através da reprodução da lista de atividades trazidas nos incisos do art. 71 da Constituição Federal. O método, contudo, não proporciona uma visão geral e a melhor compreensão do papel reservado à Corte de Contas pela Carta Maior, porque são múltiplas as possibilidades que podem ser sacadas do texto de cada um dos incisos do dispositivo.

Tendo isso em conta, antes de expor o rol de atribuições do TCU trazido no referido dispositivo, sua competência será estudada adiante segundo o método utilizado pelos Professores Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sunfeld<sup>38</sup>, com alguns ajustes e inclusão. Os autores analisam a competência do TCU a partir do objeto, parâmetros e produtos de sua fiscalização. Sobre cada um dos três elementos, explicam:

*Objeto da fiscalização* é o conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente. *Parâmetro da fiscalização* é a referência que o Tribunal adota para avaliar certo objeto. *Produto da fiscalização* são os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Essa forma de apresentação também é utilizada por André Rosilho em sua obra já mencionada.

<sup>39</sup> Cabe ressaltar que o termo fiscalização é utilizado pelos autores como sinônimo de controle, considerando que todas as ações atribuídas ao TCU são designadas por fiscalização. CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos tribunais de contas – Possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182, grifos do autor.

Acrescenta-se aos três elementos acima as *pessoas sujeitas à fiscalização* do TCU, que correspondem aos sujeitos, pessoas físicas ou jurídicas, cujos atos podem ser objeto de controle pelo Tribunal. Este último elemento será retomado no Capítulo 5 do presente trabalho, tendo em vista a sua importância para o exame das consequências do controle exercido nos contratos administrativos.

Nessa linha, a competência do TCU será estudada adiante a partir de quatro elementos, apresentados na seguinte ordem: objeto, parâmetros, pessoas sujeitas à fiscalização e produtos, sendo que estes últimos serão tratados juntamente com as atividades definidas nos incisos do art. 71 da Constituição Federal e na da LOTCU.

### 2.2.1 Objeto do controle

O objeto do controle consiste no conjunto dos *fatos, atos e procedimentos* sobre os quais a fiscalização do TCU recai. Foi ele sintetizado no *caput* do art. 70 da Constituição e também detalhado sob a forma de ações nos incisos do art. 71.

Diz aquele primeiro dispositivo caber ao Congresso Nacional, mediante controle externo, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta ou indireta”.

O dispositivo está inserido na Seção IX do Capítulo II do Título IV da Constituição Federal, denominada “Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”. O título dado à Seção destoa apenas quanto à fiscalização patrimonial e operacional, sendo a última a espécie de controle realizado pelo TCU que talvez mais gere dúvidas e dissenso entre os autores e instituições no País.

Ao definir as espécies de fiscalização exercidas pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, o trecho do art. 70 acima reproduzido delimita sobre quais objetos recai o controle da administração exercida por tais órgãos do Poder Legislativo. Deixa claro não se tratar de um controle irrestrito, apto a dizer se a função administrativa de forma geral está sendo exercida de maneira correta ou não. Consiste em controle da parcela delimitada dos *atos, fatos e procedimentos* ocorridos ou praticados no exercício da função administrativa sob o recorte contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. É o que se extrai do dispositivo.

As espécies de fiscalização trazidas no art. 70 podem ser também entendidas como *modalidades* ou *tipos* do controle<sup>40</sup>. E, ao definir a modalidade ou tipo de fiscalização que é exercida pelo TCU, o texto constitucional faz a delimitação dos atos, fatos e procedimentos sobre os quais pode recair.

É possível dizer, de forma simples, que a fiscalização contábil incide sobre os livros e documentos de escrituração contábil; a orçamentária, sobre a execução do orçamento da administração; a financeira, sobre a arrecadação das receitas e a realização das despesas da administração; e a patrimonial, sobre todos os bens integrantes do patrimônio público, móveis ou imóveis, e diz respeito à forma como são utilizados. A constatação decorre da própria qualificação feita pelo texto da Constituição da fiscalização exercida pelo Legislativo, a saber: contábil, orçamentária, patrimonial e financeira.

A fiscalização operacional merece maiores reflexões. A espécie aparece também no inciso IV do art. 71 da Carta Magna sob a denominação de *auditoria operacional*, a qual, segundo o dispositivo, pode ser realizada por iniciativa do TCU ou da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissões Técnicas ou de Inquérito nas unidades administrativas do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário e entidades da administração.

Não há definição legal para a fiscalização operacional a cargo do TCU ou posição pacífica entre os estudiosos sobre seu objeto. O próprio TCU redefiniu algumas vezes o seu significado ao longo do tempo<sup>41</sup>, e atualmente tem a utilizado para fiscalizar os mais variados aspectos e atos do funcionamento da administração pública.

Parcela dos autores e o próprio TCU se socorrem nas Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI, na sigla em inglês) da *International Organization of Supreme Audit Institutions – Intosai*, organização internacional não governamental da qual participam as entidades fiscalizadoras superiores de vários países<sup>42</sup>.

Incorporando a ISSAI 3000/17, o Manual de Auditoria Operacional do TCU, após sua revisão realizada em novembro de 2020, define a auditoria operacional como:

[...] o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, veja MEDAUAR, *op.cit.*, p. 126.

<sup>41</sup> Sobre o tema, veja DUTRA; REIS, *op. cit.*, p. 117. Os autores alertam para o fato de o Tribunal de Contas da União utilizar as auditorias operacionais como o principal instrumento para interferir na regulação a cargo das agências reguladoras.

<sup>42</sup> Para maiores informações, consulte: <https://www.intosai.org/>. Acesso em: 3 abr. 2021.

funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento (ISSAI 3000/17).<sup>43</sup>

Segundo a definição acima, o objeto da fiscalização operacional consistiria no funcionamento dos “empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo” e teria como parâmetros economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

É correto considerar que a auditoria operacional incide sempre sobre um conjunto de atos ou decisões interligados entre si e tendentes a uma finalidade específica, e não sobre cada qual de forma isolada. A administração pública não *opera* mediante atos isolados, mas sim através de um conjunto deles. Ela recai sobre o funcionamento e operação da administração pública, as *engrenagens* utilizadas na consecução de seus objetivos em forma de processos<sup>44</sup>. Deve-se atribuir a essa razão o fato de o texto constitucional qualificar a fiscalização como *operacional*.

Embora o objeto das auditorias operacionais pareça muito amplo, sua definição deve considerar dois aspectos importantes: o fato de ser *operacional* não a desentranha da Seção da Constituição que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária e traz embutida a ideia de que possa adotar parâmetros distintos daqueles utilizados para o exame dos demais objeto do controle. O tema será aprofundado nos tópicos a seguir.

## 2.2.2 Parâmetros do controle

Conforme esclarecido anteriormente no tópico 1.3.1 do Capítulo 1, o termo controle remete a uma contraposição entre o seu objeto e critérios pré-definidos. Não há controle sem parâmetros, exercido segundo um juízo do controlador de forma livre. Não poderia ser diferente com o controle da administração pública pelo Poder Legislativo. A Constituição Federal cuidou de definir seus parâmetros.

O *caput* do art. 70 da Constituição Federal diz que a fiscalização “quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas” será exercida

---

<sup>43</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020, p. 14. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual\\_auditoria\\_operacional\\_4\\_edicao.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf). Acesso em: 3 abr. 2021.

<sup>44</sup> O termo processo é utilizado aqui no sentido próprio da palavra, notadamente de uma ação continuada, de realização contínua e prolongada de alguma atividade, e não de processo administrativo.

pelo Congresso Nacional, mediante controle externo. Estão aí os parâmetros a partir dos quais a competência de controle será exercida: legalidade, legitimidade e economicidade.

A “aplicação das subvenções e renúncias de receitas” não se trata de parâmetros do controle, embora incluídas ao lado desses no dispositivo. Consiste, na verdade, em objeto da fiscalização, pois compõem os atos e fatos objeto da fiscalização financeira e orçamentária, como tratado no tópico 2.2.1 acima.

Há certo consenso na doutrina sobre os parâmetros próprios do controle externo, salvo em relação à fiscalização operacional, em cujos parâmetros alguns autores – e o próprio TCU, – acrescentam os da eficiência, eficácia e efetividade.

Discorda-se do entendimento de que eficiência, eficácia e efetividade seriam parâmetros do controle exercido pelo TCU ao lado dos da legalidade, legitimidade e economicidade. Esse debate, contudo, perde a força à medida que se reconhece a eficiência como *valor jurídico* previsto na Constituição Federal, especialmente após a emenda nº. 19, de 4 de junho 1998, que impôs à administração pública o dever de eficiência (art. 37, CF)<sup>45</sup>.

A eficiência na execução da função administrativa não se trata de questão sociológica ou política apenas<sup>46</sup>, mas também de Direito. O Direito exige da administração pública o agir de forma eficiente, de modo que a análise da conformidade de suas ações com referido dever consiste em aplicação do parâmetro da legalidade.

Dois erros, contudo, não podem ser cometidos na compreensão desse quadro: (a) confundir a análise de eficiência com a das escolhas políticas do Executivo; e (b) ampliar o exame da eficiência para além do objeto do controle exercido pelo TCU, especificamente a fatos, atos e procedimentos não relacionados aos aspectos orçamentários, patrimoniais, financeiros e contábeis do agir da administração pública.

Enfim, os parâmetros do controle exercido pelo TCU são os da legalidade, economicidade e legitimidade, sendo que o primeiro traz consigo o olhar para a eficiência do exercício da função administrativa.

---

<sup>45</sup> Rodrigo Pagani de Souza faz uma incursão no texto da Constituição de 1988 e demonstra que o valor da eficiência já era previsto antes da emenda 19. (Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Fórum. 2017, p.42)

<sup>46</sup> Pagani bem explica: “Diante de todas essas normas a exige-la é de se constatar que, indubitavelmente, eficiência administrativa é um valor jurídico. Logo, ela é juridicamente exigível, podendo-se até mesmo reconhecer a existência de um *direito subjetivo público* à eficiência administrativa. Sabe-se, contudo, que a identificação desse direito é difícil quando baseada exclusivamente no princípio da eficiência, como qualquer norma de conteúdo dotado de elevado grau de indeterminação, sai fortalecido quando acompanhado de regra a precisar o seu significado e alcance diante de situações hipotéticas. (*Ibid.*, p. 44, grifo do autor)

Quanto ao conteúdo de cada um dos três parâmetros, não há consenso no discurso jurídico brasileiro. A legalidade, por exemplo, é compreendida por alguns como a adequação de algo às regras trazidas na lei em sentido formal, uma forma de vinculação positiva à lei. Outros defendem um sentido diferente para a legalidade, aproximando-a da ideia de *juridicidade*<sup>47</sup>. Algo semelhante ocorre com o conceito de legitimidade.

Esse tipo de debate está por trás de diversos outros temas do Direito Administrativo. Não poderia ser diferente com os parâmetros do controle externo. Inexiste precisão nos conceitos de legalidade, economicidade e legitimidade trazidos no art. 70 da Constituição Federal.

### 2.2.2.1 Legalidade

Amauri Ferres Saad diz que a concepção legalidade tratada no art. 70 da Constituição Federal significa “pertinência sintático-semântica e dependência lógico-jurídica do ato administrativo com a lei em sentido estrito”<sup>48</sup>, adotando, assim, uma acepção restrita do termo<sup>49</sup>. Em sentido distinto, Odete Medauar afirma:

[...] o aspecto da legalidade diz respeito à verificação da conformidade do ato, mediante atuação administrativa. [...] No âmbito da legalidade, o Tribunal de Contas pode efetuar-la no tocante à constitucionalidade na apreciação dos casos concretos.<sup>50</sup>

José Maurício Conti sustenta que a legalidade tratada no art. 70 da Constituição Federal

[...] não deve ser compreendida na sua acepção restrita, como uma das espécies de norma jurídica, mas em seu sentido amplo, de forma a abranger também as normas hierarquicamente superiores ou inferiores.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> No estudo do sentido de legalidade no Direito Administrativo ao longo do tempo e sob diferentes correntes, veja BINENBOJM, Gustavo. Da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa: a crise da lei administrativa. In: **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atu. São Paulo: Renovar, 2014. cap. 1,1.3.3. p 34-38.

<sup>48</sup> SAAD, *op. cit.* p. 76.

<sup>49</sup> Segundo o autor, adotar a concepção mais ampla de legalidade para fins da interpretação do art. 70 da Constituição Federal seria transformar os tribunais de contas em “tribunais políticos”. Fundamenta a afirmação na diferenciação dos sentidos de legalidade feita por Adolf Merkl em sua obra *Teoría general del derecho administrativo*.

<sup>50</sup> MEDAUAR, *op. cit.*, p. 128.

<sup>51</sup> CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. p. 4.

O art. 70 da Constituição Federal não definiu um sentido específico de legalidade a ser utilizado na tarefa do controle ou distinguiu-a da legalidade prevista no art. 37 da Carta Maior. Falou apenas em legalidade. Embora TCU não pareça ser, enquanto órgão técnico de contas, o mais apto a avaliar o objeto da fiscalização sob as normas constitucionais, pelo esforço jurídico que se exige, inexistem elementos no texto do art. 70 que permitam defender que o parâmetro da legalidade estaria restrito à contraposição à lei em seu sentido formal<sup>52</sup>.

É verdade que se está longe de chegar a um consenso sobre o conteúdo da legalidade no Direito Administrativo brasileiro, mas parece assente que a noção tradicional de legalidade restrita à averiguação do ato às prescrições das leis em sentido formal foi ultrapassada. Sem prejuízo, o controlador não deve trabalhar com as zonas de incerteza do ordenamento jurídico (inevitáveis ao se adotar conceito de legalidade mais amplo) na análise da conformidade dos atos da administração segundo o parâmetro da legalidade sem considerar as consequências práticas de sua decisão. É o que diz o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

#### 2.2.2.2 Legitimidade

A previsão da legitimidade como parâmetro de controle externo da administração pela Constituição Federal de 1988 foi considerada uma grande virada. As Constituições anteriores se restringiam a fornecer ao Congresso Nacional o critério da legalidade no exercício do controle.

Na visão de grande parcela dos autores consultados, com a inclusão da legitimidade, o controle externo se libertou dos limites formais da legalidade<sup>53</sup> e passou a englobar uma avaliação finalística da gestão orçamentária, financeira, e patrimonial da administração<sup>54</sup>.

A definição de legitimidade é problemática. Certamente um dos termos próprios da disciplina jurídica dentre os quais a doutrina atribui maior plasticidade. Na base da delimitação

---

<sup>52</sup> Confirmando o sentido mais amplo atribuído à legalidade inscrita no art. 70 da Constituição Federal, a súmula 347 do STF fixou: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

<sup>53</sup> Discorda-se em parte desse entendimento. A liberação do controle dos limites formais ocorreu também pela evolução do conceito de legalidade, conforme item 2.2.2.1 deste trabalho, e não somente pela previsão do parâmetro da legitimidade.

<sup>54</sup> Sobre o tema, Ricardo Lobo Torres diz: “Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa a abertura para a política. Entenda-se: não para a política partidária nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica.” (A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 31-45, out./dez. 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>. Acesso em: 25 out. 2021)

de seu conteúdo, existem profundas discussões abstratas sobre o papel do Estado e a sindicabilidade dos atos administrativos, incluindo os de competência discricionária.

Várias teorias foram desenvolvidas na tentativa de definir em que consistiria o controle de legitimidade previsto no art. 70 da Carta Maior. Amauri Ferres Saad, que se diz integrante de corrente que atribui ao termo legitimidade uma dimensão adjetiva, afirma:

Em termos estritamente técnico-jurídico, o conteúdo do conceito de legitimidade consagrado no art. 70 da Constituição Federal como um dos critérios de controle externo só pode relacionar-se com o respeito ao *devido processo normativo*, assim entendida a incidência do devido processo e do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) nas atividades administrativas. [...] O que cabe ao órgão de controle é avaliar se determinado ato que importe o dispêndio de recursos públicos foi obediente aos deveres procedimentais a ele correlatos, se houve respeito, por parte da Administração Pública, à ampla comunidade de interessados nas coisas públicas, sendo irrelevante a natureza do interesse (público ou privado) em jogo diante de cada situação e, por fim, se houve a devida justificação, em sentido amplo, do ato, de modo a permitir o seu contraste jurídico.<sup>55</sup>

As ideias de Ricardo Lobo Torres são adotadas como referência por diversos autores que encabeçam a corrente tida por substantiva. Para o jurista, a legitimidade é entendida “como a própria fundamentação ética da atividade financeira”<sup>56</sup>. Diz ainda que “o aspecto da legitimidade engloba princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça”<sup>57</sup>.

Bruno Nagata defende que a “legitimidade evidenciará se a atividade financeira do Estado foi fiel ao seu escopo precípua: a persecução do bem comum”, e faz importante ressalva a respeito do seu conceito quando reconhece ter “elevada abstração, dificultando a análise da atuação administrativa quanto à observância deste princípio”<sup>58</sup>.

A corrente que enxerga a legitimidade prevista no art. 70 através de uma ótica substantiva tem prevalecido. Inegável, contudo, que a utilização do critério de acordo com tal acepção traz diversos problemas. No Capítulo 1, chamou-se a atenção para a dificuldade de se delimitar o conteúdo do controle externo da administração pública, tendo em vista receber influência direta da definição de bem comum e do papel do Estado em sua consecução segundo cada sociedade e o momento histórico.

---

<sup>55</sup> SAAD, *op. cit.*, p. 88, grifo do autor.

<sup>56</sup> TORRES, *op. cit.* p. 33.

<sup>57</sup> *Id. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Orçamento na Constituição*. 3ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2008. vol. 3, p. 508.

<sup>58</sup> *Apud* ROSILHO, *op. cit.*, p. 126.

As discussões se fazem presentes na utilização do parâmetro da legitimidade no controle externo da administração pública. Se a aferição de legitimidade de determinada ação ou decisão, segundo a visão substantiva, é feita mediante seu confronto com finalidades públicas específicas, impossível não recair no mesmo debate.

A despesa é legítima quando realizada em prol de uma finalidade que a justifique: o bem comum. Mas o que seria exatamente o bem comum a legitimá-la? Eis uma pergunta de difícil resposta e que gera problemas na utilização do parâmetro de controle. A análise da legitimidade pressupõe um exame da decisão por sua realização, e não uma análise propriamente jurídica, aqui entendida enquanto representação da oposição legal/ilegal. Seguindo essa lógica, uma despesa pode ser legal, mas ilegítima; legítima, mas ilegal, por contrariar, por exemplo, uma formalidade prevista na lei.

A fluidez do conceito de legitimidade prejudica a delimitação do campo de atuação do controlador, mas isso não deve significar a ausência de parâmetros. Conforme sustentado no Capítulo 1, o controle pressupõe parâmetros prévios. Os Tribunais de Contas não podem, a partir de sua interpretação do que seria legítimo ou ilegítimo, dizer a regra a partir da qual exercerá o controle. Não existe controle sob um juízo próprio e determinável apenas por quem o realiza. Novamente: o controle é feito a partir de parâmetros previamente conhecidos pelo controlado.

Em trabalho monográfico, Antônio França da Costa faz importante comentário:

Ou é possível, a partir de critérios objetivos, fazer o exame de legitimidade, ou o constituinte originário, ao atribuir ao Tribunal de Contas a competência para o controle de legitimidade do ato de gestão, teria lhe atribuído competência para um controle político do ato de gestão, substituindo o juízo de oportunidade e conveniência da Administração pelo seu (Tribunal de Contas) juízo.

Como as competências, as funções são atribuídas pela Constituição, e ela não atribuiu ao Tribunal de Contas, mas sim ao Executivo a atividade administrativa, entendemos que o juízo continua sendo do Executivo.<sup>59</sup>

Tem razão o autor ao dizer que o exame de legitimidade não pode implicar na transferência ao controlador do juízo oportunidade e conveniência próprio do Executivo, em razão da ausência de critérios objetivos em sua realização. É irresistível, contudo, reconhecer a dificuldade prática de se chegar a esses critérios<sup>60</sup>. O guia deve ser o texto constitucional,

---

<sup>59</sup> COSTA, *op. cit.*, p. 105.

<sup>60</sup> O autor apresenta uma interessante reflexão em suas conclusões. Diz: “No âmbito dos Tribunais de Contas, no que tange ao exame de legitimidade, verifica-se o controle da discricionariedade administrativa, em seus elementos objetivos, a partir dos critérios traçados pelo ordenamento, mormente aqueles colocados expressamente pela Constituição, no repositório de consensos. Assim, é possível a análise da economicidade do gasto, da adequação

notadamente as finalidades públicas ali definidas. Nessa acepção, o controle de legitimidade consiste em avaliar se o ato praticado é tendente à consecução da finalidade expressa no texto constitucional.

Há de se buscar, tanto quanto possível, delimitar a legitimidade de acordo com os objetivos claramente expostos na Constituição Federal. O exame, contudo, não deve ser feito apenas no plano abstrato e de acordo com a interpretação do controlador sobre as normas constitucionais. Deve ser realizado perante o caso concreto e as zonas de dúvida quanto à finalidade almejada pela Constituição não podem embasar a conclusão do controlador.

### 2.2.2.3 Economicidade

O parâmetro da economicidade também foi introduzido pela Constituição Federal de 1988. O termo traz um sentido intuitivo, relacionado à otimização de gastos e à melhor equação para o binômio custo-benefício. É certamente a expressão mais usada nos relatórios e decisões do TCU, natural de sua vocação técnica.

Regis Fernandes de Oliveira<sup>61</sup> é preciso ao dizer que “a economicidade diz respeito à obtenção da melhor proposta para efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo para chegar à despesa e se ela se fez com modicidade, dentro da equação custo-benefício”. Segundo o Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União:

A economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (GUID 3910/38). Os recursos usados devem estar disponíveis tempestivamente, em quantidade suficiente, na qualidade apropriada e com o melhor preço (ISSAI 300/11). Refere-se à capacidade de uma organização gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.<sup>62</sup>

---

do motivo invocado à finalidade pública, da razoabilidade das estratégias adotadas, da denominada discricionariedade técnica, da razoabilidade e da eficiência do gasto público.

No entanto, se reconhece que devido à baixa densidade do critério, é preciso que ele, às vezes, passe por um processo de adensamento, para que o gestor não seja apenado de forma arbitrária. O processo de adensamento do critério deve ser dialético, com a participação do gestor, a quem cabe apontar a melhor solução. Não se trata de criar critérios, estes estão postos pelo ordenamento, em especial aqueles previstos pela Constituição, mas de escolher, entre as alternativas possíveis, a solução que melhor atenda ao interesse público.” (COSTA, *op. cit.*, p. 178). Vê-se que o autor aproxima o controle da legitimidade do controle da discricionariedade administrativa, em sua acepção técnica, relacionada à adequação do motivo invocado à finalidade pública. O acerto da aproximação dos dois conceitos depende do sentido de discricionariedade adotado. Como encontra-se, na literatura jurídica, diferentes sentidos atribuídos ao termo discricionariedade, é preferível não o utilizar na discussão quanto à delimitação de legitimidade.

<sup>61</sup> **Curso de Direito Financeiro**. 5ª ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 505.

<sup>62</sup> BRASIL, *op. cit.*, p. 12.

A avaliação da economicidade não demanda uma análise propriamente jurídica, no sentido de considerar determinada despesa, ato ou decisão aderente à lei ou não. O parâmetro é econômico. Alguns autores aproximam o conceito de economicidade do de eficiência ou consideram que estaria implícito neste.

Entretanto, alternativas mais econômicas podem ou não ser mais eficientes, pois a eficiência abarca aspectos outros não inseridos na economicidade. Eficiência de custos pode até ser entendida como economicidade, mas os termos não devem ser confundidos.

Precisamente, eficiência quer dizer “capacidade de realizar tarefas ou trabalhos de modo eficaz e com o mínimo de desperdício; produtividade”<sup>63</sup>. O desperdício ali referido não é necessariamente de recursos financeiros. Igualar eficiência e economicidade seria pressupor que o único objetivo almejado no agir de uma administração eficiente seria o da minimização de custos, reduzindo o papel do princípio da eficiência. O próprio TCU faz a diferenciação entre os termos ao defini-los em seus manuais.

O parâmetro conferido ao controle externo pelo *caput* do art. 70 da Constituição Federal é o da economicidade. Ele não deve ser confundido com o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal, o qual, como visto acima, vem embutido no parâmetro da legalidade.

### 2.2.3 Pessoas sujeitas ao controle pelo Tribunal de Contas da União

A sujeição à fiscalização do TCU está diretamente relacionada à função ou responsabilidade exercida. Integram rol das pessoas jurídicas ou órgãos passíveis de controle pelo TCU todos os que integram a Administração direta ou indireta, incluídas a própria União Federal e suas fundações, autarquias e empresas estatais.

Houve uma época em que se discutiu a incidência e intensidade do controle exercido pelo TCU sobre as empresas públicas, sociedades de economia mista e as chamadas empresas semiestatais, aqui entendidas como as pessoas jurídicas de direito privado em cujo capital haja participação minoritária de entidades da administração pública, com maioria votante pertencentes a sócio(s) privado(s). Ao longo do tempo, as dúvidas foram se dissipando.

---

<sup>63</sup> EFICIÊNCIA. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eficiencia/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

As empresas públicas e sociedades de economia mista integram a administração indireta e como tal estão sujeitas ao controle pelos Tribunais de Contas. Mesmo a Lei nº 13.303/2016, que claramente estabeleceu um regime mais flexível para as empresas estatais em atenção à sua vocação empresarial e diante da necessidade de lhes conferir maior agilidade operacional e decisória, não deixou dúvidas sobre a incidência do controle pelos Tribunais de Contas sobre os atos das estatais<sup>64</sup>.

Também parece não mais haver dúvidas de que as empresas semiestatais não se submetem ao controle externo pelo Poder Legislativo, porque não integram a administração pública. O Decreto nº 8.945/2016, que regulamentou a Lei nº 13.303/2016, conceituou como “sociedade privada” a “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e cuja maioria do capital votante não pertença direta ou indiretamente à União, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”, em reforço à constatação de que não integram a administração pública<sup>65</sup>.

Merecem destaque duas espécies de sujeitos que, embora não integrem a estrutura organizacional da administração pública, submetem-se ao controle externo pelo TCU: as unidades administrativas dos Poderes Legislativo e Judiciário e as empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta. Essas raramente são tratadas nos estudos sobre os Tribunais de Contas, mas a Constituição Federal deixa claro sua submissão ao seu controle.

O inciso IV do art. 71 da Carta Maior diz ter o TCU competência para realizar “inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Apesar de integrarem o Poder Legislativo e o Judiciário, as referidas unidades exercem função administrativa a justificar a possibilidade de fiscalização pelos Tribunais de Contas. Isso

---

<sup>64</sup> Diz o art. 87 da Lei das Estatais: “O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição. [...] §2º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo, §3º Os tribunais de contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, a qualquer tempo, documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no Brasil e no exterior, obrigando-se, os jurisdicionados, à adoção das medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.”

<sup>65</sup> Murilo Giordan explica: “Acrescenta-se que o TCU controle somente as empresas de que o estado participe majoritariamente do capital social. A contrário senso, não haveria prestação de contas pelas empresas estatais em que o Estado participa minoritariamente do capital social” (Controle das Empresas Semiestatais. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Fórum. 2017, p. 342)

confirma que a sujeição a tal espécie de controle tem fundamento na atribuição ou responsabilidade exercida.

A princípio, seria possível pensar tratar-se de um controle atípico, por ultrapassar a estrutura organizacional da administração pública. Contudo, não há atipicidade na regra, pois, como visto, o TCU realiza, em auxílio ao Congresso Nacional, a fiscalização do exercício da função administrativa, ainda que no âmbito de Poder distinto do Executivo.

Por sua vez, o inciso V do art. 71 da Constituição fala na fiscalização das empresas supranacionais. São empresas públicas cujo capital tem a participação da União Federal, enquanto representante da República Federativa do Brasil e não unidade federada, e de entidades públicas de outro país. Seu capital é integralmente público, mas dividido entre países. A fiscalização pode ocorrer mesmo que a participação da União seja minoritária ou de forma indireta, mas está condicionada aos termos do tratado constitutivo celebrado entre os países sócios. Caso o instrumento seja omissivo sobre o tema, não há competência do TCU para a fiscalização<sup>66</sup>.

Estão igualmente sujeitos ao controle externo pelo Poder Legislativo as pessoas físicas que desempenhem quaisquer das atribuições tratadas no art. 70, parágrafo único, da Carta Maior, integrem ou não o corpo de pessoal da administração pública. Além do ordenador de despesas ou gestor público, o particular que receba e gere recursos públicos, mediante, por exemplo, a celebração de convênios para consecução de alguma atividade de interesse público. A jurisdição<sup>67</sup> do TCU tem fundamento no controle da função administrativa, em seu aspecto contábil, orçamentário, patrimonial e financeiro, razão pela qual os sujeitos que alcança são os que de alguma forma administrem bens ou dinheiros públicos.

Cabe ao TCU julgar “as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário públicos”, conforme inciso II do art. 71 da Constituição Federal. Tem-se aí uma competência específica do TCU, “julgar contas” dos que estão sujeitos à sua jurisdição<sup>68</sup>. Foram incluídos no rol os

---

<sup>66</sup> O tema foi objeto de debate em relação à empresa supranacional Itaipu Binacional. Em setembro de 2020, o STF reafirmou que eventual fiscalização pelo TCU só poderá ocorrer nos termos acordados com a República do Paraguai e materializados em instrumento diplomaticamente firmado entre os dois Estados soberanos (STF. ACO 1905, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 8 set. 2020, DJe 235, publicado em 24 set. 2020).

<sup>67</sup> Adota-se o termo *jurisdição* simplesmente porque assim se referiu a Constituição Federal em seu art. 73 ao definir a abrangência do controle exercido pelo TCU, e não porque acolhe-se o entendimento de que a Corte de Contas exerceria função jurisdicional, a qual cabe exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário.

<sup>68</sup> Cf. nota anterior.

administradores e responsáveis por recursos públicos e os que venham a causar prejuízo ao erário público.

Muitos debates giram em torno do sentido da parte final do inciso II acima reproduzido. Discute-se se alcançaria particulares não responsáveis pela gestão de recursos públicos, mas que causem prejuízo ao erário; ou apenas aqueles que tenham assumido tal *munus* público. A resposta é pela segunda opção. Explica-se.

A parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal deve ser interpretada juntamente com o parágrafo único do art. 70. O primeiro fixa a competência de julgar contas do TCU e o segundo diz quem está obrigado a prestar contas à Corte. Por motivos lógicos, apenas têm contas a ser julgadas pelo TCU quem as presta. E este dispositivo atribui o dever de prestar contas a “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”. Pela importância para o tema central deste trabalho, o ponto será aprofundado no Capítulo 5.

#### 2.2.4 Rol de atribuições trazido no art. 71 da Constituição Federal e art. 1º da Lei Federal nº 8.443/1992 e os produtos do controle

Outra forma de estudar a competência do TCU é através da análise do rol de atribuições trazidas nos incisos 71 da Constituição Federal e detalhadas na LOTCU. Embora a leitura dos dispositivos não proporcione uma visão global do papel do TCU, seu exame ajuda a visualizar quais *produtos* podem ser gerados no exercício de sua fiscalização.

Abaixo, são comentadas as competências trazidas nos dispositivos que estão relacionadas com o controle dos contratos administrativos de forma direta ou indireta e, na sequência, são apresentados seus possíveis produtos. A maior parte delas já foi comentada acima ao se tratar do objeto, dos parâmetros e das pessoas sujeitas à fiscalização.

O inciso II do referido artigo constitucional atribui competência ao TCU para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros públicos da administração e daqueles que derem causa a prejuízos ao erário. O inciso IV, por sua vez, confere à Corte competência para realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos dos três Poderes que exerçam funções administrativas. O artigo foi comentado quando do estudo das auditorias operacionais.

O inciso V trata da fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais e foi comentado no item 2.2.3 acima. Ao TCU cabe também fiscalizar a “aplicação de recursos

repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.” Muitas vezes esses repasses são utilizados para financiar empreendimentos na área de infraestrutura, cuja implantação é realizada mediante a celebração de contratos com a iniciativa privada.

O dispositivo acaba por atrair a competência do TCU para a fiscalização de contratos celebrados entre os Municípios, Estados ou Distrito Federal com os particulares. Segundo o próprio TCU, tal competência seria secundária, devendo a fiscalização ser exercida primeiramente pelo Tribunal de Contas do ente contratante, de modo a evitar redundância de esforços<sup>69</sup>.

Contudo, o que se observa, na prática, é a atuação preponderante do TCU na fiscalização dos contratos custeados com recursos federais celebrados pelos demais entes da Federação, justificada muitas vezes na ausência de capacidade técnica ou institucional do Tribunal de Contas da esfera contratante.

O inciso VIII trata da competência sancionadora ao TCU. O dispositivo outorga ao controlador a competência de aplicar as sanções previstas em lei aos responsáveis, em caso, segundo seu texto, de “ilegalidade de contas ou irregularidade de despesas”. A Constituição Federal antecipou no dispositivo que uma das penas aplicáveis nas hipóteses seria a multa, deixando para a lei ordinária a definição das demais penalidades.

O inciso IX trata das *determinações* do TCU, às quais é atribuída força cogente. O dispositivo diz que a Corte de Contas pode assinar prazo para que o controlado adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, uma vez verificada ilegalidade<sup>70</sup>. O inciso X dá ao TCU o poder de sustar, se não atendido o seu comando, a execução do ato impugnado.

O dispositivo trata de atos, não sendo aplicável, portanto, aos contratos administrativos. No caso destes, o §1º do art. 71 definiu que a sustação deve ser realizada diretamente pelo Congresso Nacional e apenas em hipótese excepcional trazido na norma pelo TCU. Esta competência será tratada em tópico específico do presente estudo.

---

<sup>69</sup> É o que diz o enunciado formulado a partir do Acórdão 4324/2015-Primeira Câmara do TCU: “A responsabilidade primária pela fiscalização da correta aplicação dos recursos federais transferidos a estados e municípios compete ao órgão ou entidade concedente, tendo lugar a ação do TCU, em regra, após a devida atuação do repassador, evitando-se com isso a duplicidade de esforços e a supressão de responsabilidades.” Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/compet%25C3%25Ancia%2520e%2520recursos%2520transferidos/%2520score%2520desc%2520C%2520COLEGIADO%2520asc%2520C%2520ANOACORDAO%2520desc%2520C%2520NUMACORDAO%2520desc/1/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 11 abr. 2021.

<sup>70</sup> O texto constitucional utiliza o termo *ilegalidade*, não mencionando o parâmetro da legitimidade ou da economicidade.

O inciso XI atribuiu ao TCU competência para representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. Tendo em vista que a competência da Corte de Contas Federal para a produção de atos mandamentais restringe-se aos casos em que “verificada ilegalidade”, o Constituinte quis deixar claro que aquele teria o dever de representar ao ente competente caso verificasse alguma irregularidade ou abusos em sua fiscalização.

Por último, o §3º do art. 71 trouxe a competência do TCU para imputar débitos.

A LOTCU pretendeu detalhar a competência do TCU. O seu art. 1º traz também uma lista de atribuições da Corte de Contas, podendo ser dividida em duas espécies. A primeira diz respeito às atividades de controle em si e a segunda, à competência e autonomia para sua própria organização interna (incisos X a XV<sup>71</sup>). Ao presente estudo interessa apenas a primeira.

Alguns dos incisos são reproduções dos incisos do art. 71 da Constituição Federal acima estudados; outros vão além das competências atribuídas pela Constituição Federal. O inciso I do art. 1º da LOTCU repete o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal; o inciso III corresponde à primeira parte do inciso IV da Constituição Federal; o inciso IV detalha um dos possíveis objetos das inspeções e auditorias tratadas no inciso IV da Constituição, especificamente o acompanhamento e a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades da Administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno.

O inciso VII traz a regra do §2º do art. 33 da Constituição Federal, atribuindo ao TCU o dever de emitir parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento; o inciso VIII trata da competência de representar sobre irregularidades e abusos prevista no inciso XI do art. 71 do texto constitucional, acrescentando que o TCU deve indicar o ato inquinado e definir as respectivas responsabilidades, inclusive de Ministros de Estado; o inciso IX trata da competência sancionadora do TCU e faz remissão aos arts. 57 a 61 da própria LOTCU em que foram definidas as penas aplicáveis às pessoas sujeitas ao seu controle, em linha com o inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal.

---

<sup>71</sup> “Art. 1º. [...] X – elaborar e alterar seu Regimento Interno; XI – eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse; XII – conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses; XIII – propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal; XIV – organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no Regimento Interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente; XV – propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções do Quadro de Pessoal de sua Secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração.”

Por último, os incisos XVI e XVII trazem atribuições do TCU não previstas expressamente na Constituição Federal, respectivamente, decidir sobre denúncia feita por qualquer cidadão ou partido político e sobre consulta a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares referentes a matérias de sua competência.

A partir da análise das atribuições tratadas no art. 71 da Carta Maior e 1º da LOTCU, é possível extrair os produtos que podem ser gerados no controle exercido pelo TCU. São eles: levantar dados e informações, mediante, por exemplo, auditorias e inspeções; aplicar sanções; praticar atos mandamentais; editar normas; emitir orientações<sup>72</sup>; imputar débito e representar no caso de abuso ou irregularidade<sup>73</sup>. Como se vê, embora o objeto do controle exercido pelo TCU seja bastante amplo, são bem restritos os produtos que as atividades podem gerar.

---

<sup>72</sup> Em relação ao referido *produto*, observe-se as ressalvas trazidas no tópico 3.2. do Capítulo 3.

<sup>73</sup> Esse rol de *produtos* é apresentado em CÂMARA; SUNDFELD, *op. cit.* Também o adota ROSILHO, *op. cit.*



## **PARTE II: O CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

### **3 INSTRUMENTOS DE CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

O Capítulo 1 do presente trabalho tratou do controle da função administrativa e delimitou o seu papel no funcionamento do Estado brasileiro. Viu-se se tratar de uma competência pública de caráter instrumental, e não de função pública.

O Capítulo 2 buscou compreender o controle exercido pelo TCU, iniciando pela identificação do espaço reservado à Corte de Contas Federal pela Constituição Federal de 1988 no âmbito da organização dos Poderes do Estado brasileiro e a forma como se relaciona com o Congresso Nacional no exercício de suas competências. Em sequência, foi delimitada a competência do TCU a partir de seu objeto, parâmetros utilizados no seu exercício, pessoas a qual estão sujeitas e produtos.

As questões examinadas nos Capítulos 1 e 2 trouxeram as bases normativas e teóricas imprescindíveis para se seguir no estudo. O Capítulo 3 inicia exame do tema central deste trabalho: o controle exercido pelo TCU sobre os contratos administrativos.

Considerando os sentidos distintos encontrados na literatura jurídica brasileira para o termo contrato administrativo, inicia-se pela indicação da acepção adotada neste estudo. O fundamento do controle exercido pelo TCU sobre os contratos administrativos é tratado na mesma passagem, em razão de os temas estarem diretamente associados.

#### **3.1 O sentido de contrato administrativo utilizado no estudo e o fundamento de seu controle pelo Tribunal de Contas da União**

Não há consenso no discurso jurídico brasileiro sobre o conceito de contrato administrativo. Duas principais correntes rivalizam a definição<sup>74</sup>. A primeira delas compreende o contrato administrativo como qualquer relação consensual e sinalagmática da qual a

---

<sup>74</sup> Sobre as duas acepções de contrato administrativo e seus defensores, veja CÂMARA, Jacinho Arruda; NOHARA, Irene. Licitação e contratos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 7, p. 332.

Administração Pública faça parte. Basta que a Administração esteja presente em um dos lados da relação para configurar contrato administrativo.

A segunda corrente entende o critério subjetivo insuficiente para fins da definição. Diz existirem contratos celebrados pela administração pública que não os administrativos, de modo que sua presença não seria suficiente para configurar a relação como contrato administrativo. Segundo essa linha, para serem considerados administrativos, os contratos, além de celebrados pela administração pública, teriam que se submeter a regime próprio de direito público, em que prerrogativas especiais são atribuídas ao ente público integrante da relação, justificadas no interesse público ao qual se prestam. Os demais contratos celebrados pela administração, que não obedeceriam ao regime de direito público, foram denominados, por alguns dos representantes da corrente, contratos da administração<sup>75</sup>.

A Lei nº 8.666/2013 adotou o sentido amplo do termo contrato administrativo ao definir, em seu art. 2º, parágrafo único, contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidade da administração pública e particulares, em que haja acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

A Lei nº 14.133/2020, que estabeleceu novo estatuto de licitações e contratos administrativos, reconheceu a existência de regimes distintos aplicáveis a diferentes contratos celebrados pela administração pública ao excluir da aplicação de suas regras os contratos de operação de crédito e gestão de dívida, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos e as contratações sujeitas a normas específicas (art. 3º). A regra sinaliza a existência de contratos celebrados pela administração regidos pelo direito privado, mas não diz que por isso não seriam considerados contratos administrativos.

No presente estudo, adota-se o sentido amplo dado ao termo contrato administrativo, segundo o qual são assim considerados todos os contratos que tenham como parte ente da administração pública. A opção não tem relação com escolha feita pelo legislador sobre uma acepção ou outra e tampouco com o referencial teórico adotado. Decorre do fato de que o controle exercido pelo TCU recai sobre todas as espécies de contratação firmadas pela administração, independentemente da presença ou não das prerrogativas entendidas por alguns como próprias do regime de direito público.

---

<sup>75</sup> De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “A expressão contratos da administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública. seja sob o regime de direito, seja sob o regime de direito privado”. (*Apud ibid., loc. cit.*)

A abrangência do controle em relação aos contratos com a administração pública está diretamente associada ao seu fundamento. Obedeçam ou não a regime de direito público, os contratos administrativos são instrumentos através dos quais a administração pública assume compromissos financeiros ou patrimoniais e realizam despesas com recursos do orçamento da União Federal. Parcela do orçamento da União Federal transita por contratos administrativos e são eles instrumentos utilizados na execução da função administrativa. Eis a razão do seu controle pelo TCU.

Tal fato coloca os contratos administrativos como uma das importantes frentes do controle empreendido pelo TCU, enquanto órgão técnico que auxilia o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Há muito tempo, o legislador vem atribuindo ao TCU lugar de destaque no controle da legalidade das despesas realizadas pela administração mediante contratos. O Decreto-lei nº 2.300/1886, que regia as licitações e contratos da Administração Pública Federal antes da Lei nº 8.666/1993, chegou a conferir ao TCU competência para “expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos”, atribuindo-lhe poder regulamentar extremamente amplo em relação à matéria<sup>76</sup>.

A Lei nº 14.113/2021 deu grande importância aos Tribunais de Contas no controle dos contratos celebrados pela administração pública. Além de ter claramente incorporado a jurisprudência do TCU ao reger diversos aspectos das contratações<sup>77</sup>, criou a obrigação de comunicação aos Tribunais de Contas para a prática de determinados atos pelos gestores<sup>78</sup> e trouxe um capítulo dedicado exclusivamente ao controle das contratações em que foi expressamente mencionado o realizado pelas Cortes de Contas, as quais o legislador disse integrarem a “terceira linha de defesa”<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Tal poder regulamentar não tem base da Constituição Federal. Trata-se de criação do legislador ordinário que extrapola as competências do TCU.

<sup>77</sup> Embora não exista registro no documento que traz a exposição de motivos no projeto de lei ou em outros gerados em sua tramitação, foi o que claramente aconteceu com a regra prevista no art. 128 da referida Lei, que veda a redução em favor do contratado da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária. A proibição tem origem na jurisprudência do TCU, mais especificamente no chamado “método do balanço” criado para a apuração do prejuízo ocasionado por aditivos a contratos com “jogo de planilha” no Acórdão nº 583/2003TCU-Plenário. O método foi posteriormente substituído pelo “método do desconto” tratado no Acórdão nº 1.755/2004-TCU-Plenário, cuja aplicação resulta exatamente em vedação prevista no dispositivo legal.

<sup>78</sup> O art. 141 da Lei obriga a comunicação ao tribunal de contas caso a ordem cronológica de pagamento das despesas oriundas dos contratos seja alterada.

<sup>79</sup> O modelo do controle em linhas de defesa é adotado pela União Europeia e defendido pelo *The Institute of Internal Auditors* (IIA) (FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133**, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 261-262). Embora tenha adotado a sistemática de linhas de defesa, o

Seja no plano fático ou legal, é evidente o protagonismo que o TCU assumiu no ambiente das contratações públicas em geral<sup>80</sup>. O tema revela complexidade ao repercutir diretamente em pessoas não sujeitas ao controle pelo TCU, notadamente os particulares que integram a relação contratual.

Os tópicos e Capítulos adiante visam proporcionar uma visão ampla sobre como o TCU exerce o controle sobre os contratos administrativos, mediante o estudo dos instrumentos utilizados na atividade, de quem cabe a iniciativa, do momento de sua realização, seus parâmetros, potenciais consequências aos envolvidos na relação e limites.

O estudo terá como foco as espécies de contratos que obedecem preponderantemente ao regime geral previsto nas Leis nº 8.666/92 (art. 1º) e 14.133/2021 (art. 2º)<sup>81</sup>, por serem as mais comumente celebradas pela administração pública. As demais, a exemplo dos contratos de concessão de serviços públicos, compra ou venda de ações em sociedades e contratos de gestão celebrados pela Administração Pública Federal, embora inseridas no conceito amplo de contrato administrativo e sujeitas a controle pelo TCU, mereceriam abordagem específica, por suas peculiaridades. Sem prejuízo, a análise e conclusões dos tópicos dedicados aos instrumentos, iniciativa e parâmetros do controle dos contratos administrativos pelo TCU também lhes são aplicáveis.

### 3.2 Instrumentos utilizados no controle dos contratos administrativos

Instrumento consiste em um objeto utilizado para se levar a efeito determinada ação. O termo instrumento aqui é utilizado em sentido mais amplo e talvez até impreciso sob a perspectiva semântica. A escolha privilegia a didática. Instrumento, para os fins deste tópico, é entendido como todo meio utilizado pelo TCU através do qual concretiza o controle sobre os contratos celebrados com recursos do orçamento da União Federal. Com essa acepção, serão

---

modelo definido pela Lei nº 14.133/2021 apresenta diferenças substanciais daquele adotado na União Europeia. Naquele, por exemplo, os Tribunais de Contas integrariam a Terceira Linha de Defesa, enquanto no modelo europeu esta é ocupada exclusivamente pelo controle interno.

<sup>80</sup> Segundo Bruno Speck, “A atenção das instituições superiores de controle financeiro-patrimonial para essa área da contratação de serviços se deve, por um lado, ao volume dos recursos públicos gastos nessas transações econômicas entre poder público e iniciativa privada. De outro lado, a contratação de serviços apresenta problemas estruturais específicos.” (**Inovação e rotina do Tribunal de Contas da União: O papel da instituição superior de controle financeiro do sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 126).

<sup>81</sup> As regras das Leis nº 8.666/93 e 14.133/21 conviverão pelos próximos anos. A primeira ainda será aplicada aos contratos celebrados antes da publicação da nova Lei (art. 191) e nos casos em que a administração pública assim optar no período de até dois anos após a publicação desta.

apresentados adiante *processos e procedimentos*<sup>82</sup> típicos da atividade do TCU em meio aos quais os contratos são controlados, tendo cada um deles potenciais consequências distintas.

É possível reuni-los em cinco espécies. São elas as associadas à fiscalização; ao julgamento de contas; ao registro de atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria; ao poder regulamentar da Corte; e às consultas. Todos os atos praticados pelo TCU no desempenho de suas atribuições estão ligados a uma dessas cinco espécies.

O rol de competências trazido no art. 71 da Constituição Federal pode ser distribuído dentre três daquelas cinco espécies. A competência para apreciar contas do presidente trazida no inciso I está relacionada ao julgamento de contas, embora o ato de julgamento em si seja da competência privativa do Congresso Nacional, cabendo ao TCU apenas apreciá-las e emitir parecer para subsidiar a decisão da casa legislativa; o inciso II traz exatamente a competência para o julgamento de contas dos sujeitos ali identificados; o inciso III trata da terceira espécie, qual seja, o registro de atos de admissão de pessoal; o inciso IV estabelece a competência para a realização de inspeções e auditorias, que são realizadas no âmbito de fiscalização; os incisos V e VI falam, respectivamente, sobre a fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais e da aplicação de recursos repassados pela União; o inciso VII define a competência para prestar informações sobre as fiscalizações, estando, portando, diretamente vinculada à atribuição de fiscalizar; o inciso VIII trata da competência do TCU para aplicar sanções por ilegalidade de despesas ou irregularidades de contas, que ocorre em processo de julgamento de contas ou de fiscalização; o inciso IX fala em assinalar prazo para que o controlado adote providências para o cumprimento da lei, sendo a ordem emanada no âmbito do processo de julgamento de contas ou fiscalização; o inciso X trata da sustação de ato pelo TCU, cuja determinação nasce em meio a uma destas mesmas duas espécies de processos; por último, o inciso XI estabelece a competência para representar no caso da irregularidade e abuso, cuja apuração ocorre em processos de fiscalização ou julgamento de contas.

O poder regulamentar do TCU, que se concretiza mediante a emissão de normas infra-legais gerais e abstratas, não tem base explícita na Constituição Federal. Rosilho insere naquele poder os processos de resposta a consultas<sup>83</sup>. Aqui adota-se entendimento distinto, que restringe o poder regulamentar da Corte de Corta ao regramento de sua organização interna e trâmite de

---

<sup>82</sup> Acolhendo a posição de Manoel de Oliveira Sobrinho, Romeu Felipe Bacellar Filho explica: “O procedimento administrativo configura ato-procedimento, enquanto o processo, uma sucessão de atos interligados entre si. Naquele, os atos são unilaterais, enquanto no processo há um confronto, um litígio, colocando em choque distintos interesses e entendimentos que envolvem a administração.” (Ato administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord). **Tratado de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 5, p. 447)

<sup>83</sup> ROSILHO, *Op. cit.*, p. 137.

seus processos e o coloca em espécie de processo distinto daquele utilizado para a resposta a consultas pelo Tribunal, sendo as duas competências, para regulamentar sua organização interna e processo e para responder consultas, concretizadas mediante a quarta e quinta espécies de processo aqui identificadas.

Todas as atividades empreendidas pelo TCU no desempenho de suas competências estão vinculadas a uma daquelas cinco espécies de instrumentos. No caso dos contratos administrativos, interessam apenas três: a fiscalização, o julgamento de contas e a resposta a consultas.

A delimitação de tais instrumentos visa responder às seguintes perguntas: quais espécies de procedimentos ou processos levados a efeito pelo TCU podem resultar na análise ou interferência nos contratos? Na identificação das orientações ou ordens emitidas pelo TCU em relação aos contratos, sejam direcionadas a um caso concreto específico ou de forma geral e abstrata, quais tipos de processos ou procedimentos da Corte devem integrar o estudo?

Embora essencial ao tema central do presente trabalho, o controle dos contratos pelo TCU, a análise de cada um dos instrumentos não serve apenas a este estudo, pois traz conteúdo pertinente às atribuições em geral da Corte de Contas.

### 3.2.1 Fiscalização

A fiscalização consiste no meio mais utilizado pelo TCU no controle dos contratos administrativos. A competência para realizar fiscalizações foi atribuída ao TCU pelos incisos IV, V e VI do art. 71 da Constituição Federal<sup>84</sup>. Tal atribuição representou uma virada na postura do TCU, que deixou de realizar o controle a partir das informações e documentos fornecidos pelos controlados e passou a coletá-los de forma proativa *in loco*.

O texto constitucional não definiu em que consistiria a atividade de fiscalização. A LOTCU não supriu essa lacuna e utiliza o termo de forma ampla, como sinônimo de controle, ao incluir, em seu Capítulo II, intitulado “Fiscalização a cargo do Tribunal”, todas as atividades que compõem a competência da Corte de Contas (julgamento de contas, registro de atos, emissão de parecer etc.).

---

<sup>84</sup> De acordo com Bruno Wilhelm Speck, a atribuição ao TCU da competência para realizar inspeções e auditoria que compõem o plexo de atividades inseridas no exercício de fiscalização é recente e teria sido criada como uma espécie de compensação à perda da possibilidade do controle global de despesas mediante registro previsto na Constituição de 1967, não absorvido pela de 1988. (*Op. cit.*, p. 61)

O tema foi mais bem disciplinado no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), aprovado pela Resolução TCU nº 155/2002, do qual é possível extrair o objetivo da atividade, as formas que pode adotar e de quem pode partir a iniciativa de sua realização. A LOTCU delegou expressamente ao RITCU a regulamentação do tema.

Da leitura conjunta daquelas duas normas, é possível dizer que a fiscalização tem por objetivo principal *levantar, investigar e produzir* informações com vistas a assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas (art. 41 da LOTCU).

A fiscalização pode se desenrolar em um processo autônomo, que terá um desfecho próprio (constatação da economicidade e legalidade de contrato, por exemplo), ou servir para a instrução de outro processo, de julgamento de contas. Em ambos os casos, o objeto da fiscalização pode ser – e comumente é – um contrato administrativo, o qual terá sua legalidade, economicidade e legitimidade analisada no curso do processo.

A fiscalização pode recair sobre determinado contrato, ato ou conjunto desses, a exemplo das realizadas nas contas nacionais das empresas supranacionais e nas transferências de recursos da União para os demais entes da Federação, que comumente envolvem uma série de contratos executados no curso de exercício financeiro. Não se definiu a sucessão de atos que devem compor uma fiscalização ou uma sequência obrigatória para sua prática.

O RITCU definiu que as fiscalizações podem ocorrer sob a forma de levantamento, auditoria, inspeção, acompanhamento e monitoramento, atribuindo a cada qual objetivo específico. No conjunto das principais normas que regem a fiscalização, Constituição, LOTCU e RTCU, vê-se certa imprecisão no uso dos termos. A Constituição Federal de 1988 trata das inspeções e auditorias de forma autônoma da fiscalização<sup>85</sup>, como se fossem instrumentos distintos. O LOTCU utiliza o termo fiscalização como sinônimo de controle e o RITCU a trata como um dentre outros meios utilizados no exercício controle e traz as auditorias e inspeções como espécies do gênero fiscalização.

Apesar da imprecisão, não há propriamente um erro na utilização do termo. Em rigor, o RITCU cuidou especificar melhor como pode ocorrer a fiscalização, sendo auditoria, inspeção, levantamento, acompanhamento e monitoramento formas que esta pode vir a adotar. Todas elas podem ser utilizadas direta ou indiretamente para o controle dos contratos administrativos.

Embora no plano normativo tenham sido definidos objetivos específicos para cada uma das formas de fiscalização, na prática, não é simples distinguir se determinada ação do TCU

---

<sup>85</sup> As inspeções e auditorias aparecem no inciso IV do art. 71 da CF, no qual não foi utilizado o verbo *fiscalizar*, como observado nos incisos V, VI, dando a ideia de que não seriam as auditorias e inspeções espécies ou instrumentos de fiscalização.

consiste em inspeção ou acompanhamento, por exemplo. É que nem sempre sua realização demanda a autuação de processo administrativo específico intitulado pelo nome dado à espécie. Em um único processo, ou até sem que exista processo tombado para o propósito, o TCU empreende inspeções, acompanhamentos e monitoramentos. O fato não retira a utilidade de compreensão de cada uma dessas espécies, mas confirma que são apenas formas adotadas na realização de fiscalização. Adiante são expostos os objetivos de cada uma delas.

### 3.2.1.1 Formas adotadas pela fiscalização

#### 3.2.1.1.1 Levantamentos

Os levantamentos, nos termos do art. 238 do RITCU, aparecem como uma espécie de procedimento prévio à fiscalização propriamente dita. A separação, na verdade, visa apenas compreender melhor o seu objetivo, pois levantamentos são uma forma de fiscalização pelo TCU. Segundo aquele dispositivo, os levantamentos devem ser utilizados para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração, identificar os objetos e instrumentos de fiscalização e avaliar a viabilidade de sua realização. Seriam, assim, uma espécie de primeiro passo na realização da fiscalização, nos casos em que fosse necessário um maior conhecimento sobre seu objeto, do contexto em que se insere ou avaliar sua viabilidade.

Tal procedimento pode ser utilizado para levantar dados associados a contratos administrativos a serem em sequência examinados pelo TCU.

#### 3.2.1.1.2 Auditorias

As auditorias foram tratadas no art. 239 do RITCU. O artigo diz terem por objetivo examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão das pessoas sujeitas aos controles do TCU, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial ou avaliar o desempenho dos órgãos ou entidades sujeitas ao controle, assim como dos sistemas, projetos e atividades governamentais, sob os parâmetros da economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

Em relação aos parâmetros da eficiência e eficácia utilizados nas auditorias, valem as ressalvas feitas no tópico 2.2.2. do Capítulo 2. Dentre as auditorias levadas a termo pelo TCU estão as comentadas auditorias operacionais, que carregam grandes polêmicas sobre seu objeto

e propósito. É comum o TCU realizar auditorias em contratos financiados com recursos do orçamento da União Federal.

#### 3.2.1.1.3 Inspeções

Nos termos do RITCU, a inspeção consiste na forma de fiscalização utilizada pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados pelos responsáveis sujeitos ao seu controle. O termo ato administrativo foi utilizado de forma genérica pelo RITCU, englobando, também, os contratos administrativos.

Não raras vezes, as licitações que os originam ou a execução de contratos são objeto de denúncia por partes dos cidadãos, que leva à realização de inspeções para complementar dados ou informações relacionadas.

#### 3.2.1.1.4 Acompanhamento

O acompanhamento tem idêntico objeto das auditorias, diferenciando-se destas exclusivamente por ocorrer ao longo de determinado tempo. A avaliação realizada nos acompanhamentos, como o próprio nome sinaliza, é realizada por um período pré-determinado. Assim como as auditorias buscam examinar a legalidade e legitimidade de atos de gestão e o desempenho dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Da mesma forma que os contratos são objeto de auditorias pelo TCU, podem estes ter sua execução acompanhada em fiscalizações sob a forma de acompanhamento. É corriqueiro se verificar em auditorias a necessidade de realizar o acompanhamento da execução de determinado contrato administrativo, seja pelos valores envolvidos ou pela necessidade de averiguar, por exemplo, se determinada irregularidade em sua planilha de preços não concretizará dano ao erário no curso de sua vigência.

#### 3.2.1.1.5 Monitoramento

Os monitoramentos são procedimentos adotados pelo TCU para verificar o cumprimento de suas deliberações pelos destinatários e os resultados delas advindos. A espécie é tratada no art. 243 do RITCU.

A título de exemplo, suponha que o TCU recomendou que determinado ente da Administração revisasse os preços constantes em sua tabela de referência para fins de baliza da orçamentação de contratos, visando aproximá-los melhor da realidade do setor das contratações. O natural é que o TCU realize o monitoramento da deliberação, a fim de averiguar se a recomendação foi seguida e revisão realizada.

O monitoramento não pressupõe a abertura de processo específico distinto daquele em que emanada a ordem ou orientação. É comum que ocorram no mesmo processo, através de uma sucessão de atos com específicos propósitos. Aliás, não é tarefa fácil compreender a forma como o TCU organiza os seus processos de fiscalização, qual tipo de iniciativa demanda a autuação em apartado ou não, o que muitas vezes prejudica o entendimento do objeto da fiscalização.

### 3.2.1.2 Fiscalização de contratos administrativos

Foi dito que todas as formas de fiscalização tratadas acima podem ser utilizadas no controle de contrato administrativo, seja de forma exclusiva, direcionado à determinada relação contratual, ou em conjunto com outros atos praticados pelos responsáveis sujeitos ao controle pelo TCU.

Devido à sua relevância para o controle orçamentário, patrimonial e financeiro da União Federal, a LOTCU e o RITCU dedicaram tópicos específicos ao tema da fiscalização dos atos e contratos (respectivamente, Seção IV e Subseção I da Seção V), em que foi definida a maneira como deve ser realizada e as providências passíveis de adoção em seu curso. Não se trata de procedimentos apartados e sem relação com os de auditoria, inspeção, acompanhamento, monitoramento e levantamento antes tratadas. Todos compõem o plexo de atos e procedimentos adotados no exercício da competência do TCU de fiscalização.

Os tópicos específicos inseridos na LOTCU e RITCU trazem regras próprias para a “fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesas” no âmbito da competência do TCU, dentre eles, os contratos celebrados com recursos do orçamento da União.

A LOTCU menciona expressamente as atividades realizadas pelo TCU com o propósito de fiscalizar os atos dos quais resultem despesas, merecendo destaque, no presente estudo, as trazidas nos incisos I, alínea “b”, II e IV, de seu art. 41, quais sejam: (i) o acompanhamento,

pela publicação no Diário Oficial da União ou outros meios, dos editais de licitação e contratos; (ii) a realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta; (iii) a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Aquela primeira frente de atuação do TCU tem o objetivo específico de fiscalizar os contratos; e as duas demais podem recair sobre tais, mas têm objeto mais amplo.

O RITCU cuidou de definir quais são as deliberações passíveis de adoção em processos relativos à fiscalização de contrato e respectivas hipóteses (art. 250 do RITCU). São elas: (i) quando não apurada transgressão à norma legal ou regulamentar, o arquivamento do processo ou seu apensamento às contas correspondentes; (ii) no caso de verificadas falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa ou que não configurem indícios de débito, a determinação para que sejam corrigidas por parte dos responsáveis para posterior arquivamento ou apensamento do processo às contas ou, conforme o caso, a realização do monitoramento do cumprimento da determinação; (iii) quando verificada a oportunidade de melhoria de desempenho, a recomendação da adoção de providências e envio do processo para a unidade técnica para acompanhamento do cumprimento da determinação; (iv) na hipótese de identificadas irregularidades decorrentes de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico ou no caso de infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial, a audiência do responsável para apresentar razões de justificativa; e (v) quando da infração possa decorrer determinação do TCU no sentido de alterar o contrato, a oitiva da entidade fiscalizada e outra parte contratual.

Nas hipóteses tratadas no item IV e V acima, caso as justificativas sejam acolhidas, o TCU proferirá acórdão no processo declarando tal fato e determinará o seu arquivamento ou apensamento às contas correspondentes. Na hipótese de não serem acolhidas, o TCU aplicará, no próprio processo de fiscalização, multa ao responsável prevista no art. 58 da LOTCU.

Se a fiscalização resultar na identificação de “desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário” (art. 252 do RITCU), o TCU converterá o processo em tomada de contas especial, salvo quando os custos oriundos do respectivo processo forem superiores ao dano identificado<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> A cada ano, o TCU fixa, através de ato normativo interno, o valor do dano apontado para cuja apuração será dispensada a instauração de processo de contas especial.

Caso o contrato fiscalizado em que se identifique ilegalidade esteja em curso, iniciar-se-á uma sucessão de atos que poderá resultar em sua sustação. Por sua relevância – embora se insira no tema da fiscalização dos contratos – a sustação dos contratos fiscalizados pelo TCU será tratada em tópico específico do Capítulo 5.

#### 3.2.1.2.1 A fiscalização dos contratos em execução

A fiscalização pelo TCU pode ocorrer no curso da execução dos contratos. Nessa hipótese, caso identificada ilegalidade, a Constituição Federal traz roteiro a ser seguido pela Corte.

No rol de competências do TCU, o art. 71 da Constituição prevê as de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (inciso IX); “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (inciso X); e “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

Em relação aos contratos, o §1º daquele mesmo dispositivo diz que o “ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”. Se o Congresso Nacional ou Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar tais medidas, “o Tribunal decidirá a respeito”. É o que determina o §2º seguinte.

Tem-se aí o roteiro a ser adotado pelo TCU no caso de verificada ilegalidade em contrato em curso. Os primeiros passos são (1) definir prazo para que o responsável corrija a ilegalidade; (2) caso não corrigida, o TCU deve comunicar ao Congresso Nacional para que decida sobre a sustação do contrato e/ou solicite adoção de providências pelo Executivo para o saneamento do contrato.

Não atendida a solicitação pelo Executivo ou não sendo possível a correção da ilegalidade, o Congresso Nacional decidirá sobre a sustação do contrato. O Congresso pode definir as medidas corretivas da irregularidade, impondo-as ao Executivo. Nesta ação ele não ficará vinculado às providências que o TCU entenda necessárias para sanar a ilegalidade; pode decidir de forma distinta, embora tenha o ônus de com elas dialogar. Como se verá em tópico adiante, trata-se de decisão de conteúdo político, razão pela qual não seria correto reservá-la ou vinculá-la, ao menos em princípio, à análise feita por órgão técnico do controle externo, o TCU.

Uma vez sustado o contrato pelo Congresso ou sanada a ilegalidade pelo Executivo, a questão estará resolvida para o TCU. A Corte de Contas não pode reabrir a discussão, para fins de avaliar se a decisão pela sustação ou não do contrato teria sido correta, no seu entender.

O TCU não tem competência *a priori* para sustar contratos administrativo em que verifique ilegalidade. A ação possível de adoção na hipótese é a comunicação ao Congresso Nacional.

Até aí não existem maiores dúvidas ou discussões sobre as alternativas conferidas ao TCU diante da verificação de ilegalidade em contrato administrativo em curso. A pergunta surge nos casos em que, embora provocados pelo TCU, Congresso Nacional e Executivo não adotam qualquer medida para sanar a ilegalidade ou frear o andar da contratação. Nesse caso, o TCU poderia ou não proceder diretamente com a sustação do contrato em que verificada a ilegalidade? A doutrina se divide ao responder à pergunta.

A resposta é positiva: o TCU pode, na excepcional hipótese, sustar a execução do contrato em que verificada a ilegalidade. A competência tem fundamento no §2º do art. 71 da Constituição Federal. O tema será estudado no Capítulo 5 que apresentará as possíveis consequências do controle pelo TCU dos contratos administrativos, dentre as quais inclui-se a possibilidade de sua sustação.

### 3.2.2 Julgamento de contas

A competência para julgamento de contas foi atribuída ao TCU pelo inciso II do art. 71 da Constituição Federal. Consiste na atribuição mais antiga da Corte de Contas. Sua primeira Lei Orgânica, a Lei Federal nº 1.166/1982, conferiu-lhe competência para “julgar, em única instância, as contas de todas as repartições, empregados e quaisquer outros responsáveis” (art. 31, §1º).

O termo “julgar” trazido na norma anterior e na Constituição Federal em vigor é utilizado, por aqueles que defendem ter o TCU função jurisdicional, como um dos fundamentos da posição. Embora discorde-se do entendimento de que, ao utilizar o termo julgar, quis o constituinte atribuir ao TCU jurisdição<sup>87</sup>, talvez ele explique o porquê recebeu o nome de Tribunal, mesmo sendo órgão técnico e auxiliar do Congresso Nacional.

---

<sup>87</sup> A administração pública julga processos administrativos e nem por isso tem função jurisdicional. Apenas exerce jurisdição quem julga definitivamente a demanda, sua decisão faz coisa julgada.

A Carta Maior definiu as pessoas sujeitas ao julgamento de contas pelo TCU. Nos termos daquele inciso II do art. 71, são elas: os “administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outras irregularidades de que resulte prejuízo ao erário público”.

Para a correta compreensão da competência, o dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 70, parágrafo único, da Constituição, que obriga “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”, a prestar contas aos órgãos de controle.

A partir do texto do inciso II do art. 71 da Constituição, a doutrina costuma dividir as pessoas sujeitas ao julgamento de contas pelo TCU em dois grupos. O primeiro compreende “os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público”, mencionados na parte inicial do dispositivo<sup>88</sup>.

No segundo grupo estão inseridos os sujeitos “que derem causa a perda, extravio ou outras irregularidades de que resulte prejuízo ao erário público”, mencionados na parte final do dispositivo<sup>89</sup>. De acordo com a bifurcação, ter-se-á o julgamento de contas direcionado a avaliar a gestão, prestadas ordinária e anualmente ao TCU, ou, por força da ocorrência de dano ao erário, que apenas ocorrerá quando identificados indícios de sua ocorrência, e não anualmente.

Aqui vale uma ressalva: o julgamento das contas do Presidente da República cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, conforme inciso I do art. 71 da Constituição. O papel do TCU se restringe a emitir parecer prévio, a fim de subsidiar o Congresso na atribuição.

Muito se questiona se os particulares contratados pela administração pública poderiam ser submetidos a julgamento de contas pelo TCU. A resposta é negativa. O TCU apenas julga as contas daqueles que as prestam, seja ordinariamente ou na situação excepcional de detectado dano ao erário.

Perceba: a reunião dos sujeitos em dois grupos visa dividi-los entre aqueles que são obrigados a prestar contas ordinariamente ou apenas no caso em que ocorrido prejuízo ao erário.

---

<sup>88</sup> Jorge Ulisses Jacoby se refere às contas prestadas por esse primeiro grupo como “ordinárias”, cuja prestação é realizada anualmente ao TCU e a partir das quais se avalia a gestão financeira em sentido amplo de órgãos da administração pública (*Op. cit.*, p. 406).

<sup>89</sup> Nessa parte do dispositivo, segundo Jorge Ulisses Jacoby, a Constituição estaria a tratar das “contas especiais” (*Ibid.*, *loc. cit.*).

Isso não altera o fato, contudo, de que apenas prestam contas aos órgãos de controle os sujeitos tratados no art. 70 da Constituição.

Mesmo diante da resposta no sentido de que não há julgamento de contas dos particulares contratados pela administração, o tema é relevante para o presente estudo. É que os processos de *prestação* ou *tomada* de contas, por meio dos quais se concretiza a competência de julgamento de contas, são instrumentos através dos quais o TCU, muitas vezes, realiza o controle de contrato. O objeto dos referidos processos não consiste propriamente na análise de contratos administrativos, e sim nas contas da administração, gestores e responsáveis, as quais devem incluir “todos os recursos, orçamentário, e extra-orçamentários, geridos ou não pela unidade ou entidade”, conforme parágrafo único do art. 7º da LOTCU, recursos esses que comumente são destinados a remunerar os contratados da administração.

Foi visto em tópico anterior que as informações levantadas nas fiscalizações realizadas pelo TCU podem – e devem, em alguns casos – ser apensadas aos processos de tomada ou prestação de contas dos administradores e responsáveis, instruindo-os. Ambos os processos, de fiscalização e julgamento de contas, são instrumentos para controle direto ou reflexo sobre os contratos administrativos pelo TCU e podem compor um único objeto, tratados em processos apensos, para fins de julgamento de contas, ou nascerem e seguirem de forma desassociada, tendo cada qual caminhos e desfechos diferentes.

Ao julgar as contas dos responsáveis ou administradores, a decisão final do TCU não concluirá pela legalidade ou ilegalidade de contrato específico. A conclusão será pela regularidade ou irregularidade das contas ou pela regularidade com ressalvas<sup>90 91</sup>. Esses dois últimos desfechos podem ser motivados pela não conformidade de contrato ou sua execução com os parâmetros do controle (legalidade, legitimidade e economicidade). Por essa razão, a competência estabelecida no art. 71, II, da Constituição Federal deve ser considerada como instrumento de controle dos contratos administrativos pelo TCU.

---

<sup>90</sup> Assim dispõe a LOTCU, art. 16: “As contas serão julgadas: I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável; II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário; III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.”

<sup>91</sup> Há também a possibilidade de as contas serem consideradas ilíquidáveis quando “caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito” (art. 20 da LOTCU).

Sob o aspecto formal, as contas dos administradores e responsáveis são submetidas a julgamento pelo TCU mediante *tomada* ou *prestação* de contas. É o que diz o *caput* do art. 7º da LOTCU. O dispositivo não explica, contudo, quando cada qual (prestação ou tomada de contas) é utilizada. O RITCU também não esclarece o ponto, tendo delegado a definição a ato normativo do TCU.

O tema, hoje, é tratado na Instrução Normativa nº 84/2020 do TCU. Segundo a norma, a *prestação de contas* “é o instrumento de gestão pública mediante o qual os administradores e, quando apropriado, os responsáveis pela governança e pelos atos de gestão de órgão, entidades ou fundos dos poderes da União apresentam e divulgam informações e análises quantitativas e qualitativas dos resultados da gestão orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do exercício”, com vista ao controle social e pelo TCU.

Já a *tomada de contas* é o instrumento através do qual o TCU apura a ocorrência de indícios de irregularidades ou conjunto de irregularidades materialmente relevantes ou que apresentem risco de impacto relevante na gestão, que não envolva débito, com a finalidade de apurar e promover a responsabilização de administradores e responsáveis. A partir da prestação de contas pelo responsável, o TCU instaurará processo de tomada de contas para apurar irregularidade eventualmente identificada.

Os processos de prestação e de tomada de contas podem não ter relação entre si, quando tratam de objetos distintos, ou o segundo ser provocado pela identificação de irregularidade nas contas objeto do primeiro, caso em que estarão relacionados, influenciando o julgamento um do outro.

O julgamento das contas pode ocorrer também no bojo de processo de *tomada de contas especial*. O art. 8º da LOTCU estabelece taxativamente as hipóteses em que deve ser instaurado:

Art. 8º. Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

A tomada de contas especial talvez seja a espécie de processo que tramita no TCU para a qual se voltam maiores atenções, pois através dela são imputados débitos aos particulares e administradores públicos. Não raras vezes, são instauradas para apuração de fatos, identificação

dos responsáveis e obter o ressarcimento de danos verificados na execução de contratos administrativos.

### 3.2.3 Resposta a consultas

O inciso XVII do art. 1º da LOTCU atribui ao TCU a competência para “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência”. O §2º do artigo complementa: “a resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

Ao dizer que a resposta à consulta pelo TCU tem caráter normativo, a LOTCU deixou claro que o entendimento nela manifestado teria caráter abstrato e vinculante. A competência compreenderia, assim, uma espécie de poder regulamentar do TCU sobre as matérias de sua competência, não enunciado na Constituição.

A Súmula 222 do TCU entendeu ainda mais referido poder regulamentar, ampliando-o para qualquer decisão do Tribunal sobre normas gerais de licitações, e não apenas respostas a consultas, e aos administradores dos demais entes da Federação. Diz a Súmula: “as Decisões do Tribunais de Contas, relativas à aplicação de normas gerais de licitações, sobre as quais privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes de União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”<sup>92</sup>

A competência para expedir atos ou manifestações com caráter normativo não tem base na Constituição Federal. Trata-se de criação do legislador ordinário, que precisa ser interpretada à luz do conjunto das atribuições do TCU fixadas na Carta Maior.

Embora o TCU, ao exercer a referida competência, não analise determinado ato, contrato ou conjuntos destes à luz dos parâmetros de controle – de modo que não concretiza propriamente o controle –, optou-se por incluir a resposta à consulta pelo TCU como um de seus instrumentos de controle sobre os contratos diante da constatação de que tem ela efeitos concretos na forma como a administração pública comporta-se na relação contratual e até antes desta, ao conceber seus atos preparatórios.

---

92

Disponível

em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/\\*/NUMERO%253A222%2520VIGENTE%253A%2522true%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/*/NUMERO%253A222%2520VIGENTE%253A%2522true%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue).  
Acesso em: 22 out. 2021.

A manifestação do TCU, através do expediente de resposta à consulta, molda, interfere, impacta nos contratos administrativos celebrados com recursos do orçamento da União. E não são poucas as respostas a consultas, que versam sobre contratos administrativos em diversos aspectos, dadas pelo TCU ao longo dos anos<sup>93</sup>.

O valor das respostas às consultas pelo TCU precisa ser avaliado em vista do texto constitucional. A Constituição Federal não conferiu poder regulamentar ao TCU, e nem é possível dizer que estaria ele implícito em suas atribuições. Não é dever do TCU expedir orientações gerais e abstratas sobre as matérias de sua competência, ainda que sejam entendidas como eficazes instrumentos na melhoria de gestão dos recursos públicos.

O legislador ordinário extrapolou as competências extraídas da Constituição Federal ao dizer que as respostas teriam força normativa. A única expressão do poder regulamentar passível de se atribuir ao TCU diz respeito ao regramento de sua organização interna, o que é feito mediante instruções normativas, que têm caráter geral e abstrato, mas objeto bem definido: a forma como o TCU se organiza internamente para a consecução de seus deveres. São normas que tratam sobre a forma de tramitação de seus processos e a maneira como seu pessoal, secretarias e gabinetes estão distribuídos e organizados.

A resposta à consulta pelo TCU tem importante papel, mas, em rigor, não pode representar nada além de uma espécie de pré-julgamento sobre as matérias de sua competência, ao qual ele próprio, o TCU, fica vinculado em suas futuras manifestações. Tal vinculação tem fundamento na proteção da confiança legítima dos sujeitos submetidos ao controle do TCU. Não seria possível a Corte influenciar ou induzir o controlado a atuar de acordo com suas respostas a consultas sobre determinado tema e posteriormente considerar sua atitude ilegal ou irregular ao examiná-la concretamente em fiscalização, por exemplo.

Apesar de se discordar da força normativa das respostas às consultas expedidas pelo TCU, reconhece-se ter a constatação pouco efeito prático. É que, tenha ou não caráter normativo, ao enunciar pré-julgamento sobre determinado tema (interpretação de lei ou norma infra-legal), o Tribunal conduz a administração pública, gestor e até mesmo o particular a agirem conforme o entendimento manifestado, sob o receio de virem a ter seus atos considerados adiante ilegítimos, ilegais ou antieconômicos ou débito imputado em análise pelo controlador.

---

<sup>93</sup> Em consulta feita através da ferramenta da pesquisa disponível no sítio eletrônico do TCU, mediante a utilização do termo “contrato”, identifica-se 86 “resultados” com respostas a consultas pelo TCU, emitidas no período de 25 de junho de 2003 a 07 de março de 2021, que trazem a interpretação de leis ou atos infra-legais sobre contratos. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/resposta-consulta>. Acesso em: 30 jul. 2021.

A Súmula 222 do TCU traz problemas ainda maiores. Além de pressupor um poder regulamentar inexistente do TCU, viola o pacto federativo (art. 1º, CF) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CF).

Discussão similar foi vivenciada recentemente no processo legislativo do projeto de lei que deu origem à Lei nº 14.133/2021, o novo marco legal de licitações e contratos administrativos. O art. 172 do projeto submetido à sanção presidencial dizia que “os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir a uniformidade de entendimento e a propiciar segurança jurídica dos interessados”.

Foi uma iniciativa claramente ampliativa das competências do TCU e não suportada pela Constituição Federal, pelas mesmas razões do observado com relação à sua Súmula 222. O dispositivo do projeto de lei foi vetado pela Presidência da República, veto este mantido nas Casas do Legislativo<sup>94</sup>.

Enfim, apesar de se reconhecer a importância dos expedientes de resposta a consultas, o TCU não dispõe de poder regulamentar, salvo quanto aos temas de sua organização interna, e tampouco suas decisões podem vincular os demais entes da Federação, incluindo seus órgãos de controle. Suas deliberações em consultas devem ser compreendidas com essas ressalvas.

---

<sup>94</sup> As razões do veto estão disponíveis em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm). Acesso em: 20 out. 2021.



## 4 INICIATIVA, MOMENTO E PARÂMETROS DO CONTROLE DOS CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### 4.1 Iniciativa do controle dos contratos administrativos

Delimitados os instrumentos de controle dos contratos administrativos pelo TCU, cabe agora identificar a quem compete a iniciativa de cada qual. Os sujeitos hábeis para dar início ao controle dos contratos são os mesmos a quem compete provocar cada um dos instrumentos tratados no Capítulo anterior. Não há iniciativa própria, por exemplo, para a fiscalização da execução de contrato distinta da ensejadora de fiscalização de outros objetos. As regras são as mesmas.

Para fins didáticos, o tema será dividido entre os três instrumentos tratados no Capítulo anterior.

#### 4.1.1 Iniciativa de fiscalização

As fiscalizações pelo TCU têm por objetivo *levantar, investigar e produzir* informações com vistas a assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas (art. 41 da LOTCU). A atividade talvez seja a que melhor simbolize a postura ativa do Tribunal no exercício do controle, justamente por executada, na maior parte das vezes, a partir de iniciativa própria.

Contudo, não cabe apenas ao TCU dar início à fiscalização. Três outros sujeitos ou grupos de sujeitos podem provocá-la. O primeiro deles é o Congresso Nacional. A Constituição Federal o colocou ao lado do próprio TCU na tarefa. Ao definir a competência do TCU para realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, assim como nas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 71, IV, CF), disse que caberia a ambos, TCU e Congresso Nacional, a respectiva iniciativa.

Por sua vez, o art. 74, §2º, da Constituição Federal possibilita que qualquer cidadão, partido político ou associação denuncie irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. Embora

não seja o único caminho possível<sup>95</sup>, a denúncia pode levar ao início de fiscalização caso a irregularidade ou ilegalidade apontada se refira a ato ou contrato em curso.

A denúncia não se trata propriamente de iniciativa própria da fiscalização, mas, uma vez apresentada, e a depender da análise pelo TCU, pode provocar sua realização com vistas a levantar, investigar ou produzir informações relacionadas ao objeto da denúncia.

As fiscalizações também podem ser provocadas por representação, que seguem rito parecido ao da denúncia, distinguindo-se desta por sua apresentação consistir em dever dos ocupantes de cargo público em cujo exercício tenham conhecimento de irregularidade. Segundo o art. 235 do RITCU, são legítimos para representar ao TCU: (i) o Ministério Público da União; (ii) os órgãos de controle; (iii) os senadores da República., deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidade de que tenha conhecimento em virtude do cargo que ocupem.

Em relação aos responsáveis pelo controle interno, o §1º do art. 74 obriga-os a dar ciência ao TCU de qualquer irregularidade ou ilegalidade verificada, sob pena de responsabilidade solidária. A informação levada a conhecimento pelo responsável, controlador interno ou legitimados a representar junto ao TCU pode dar início à fiscalização caso, por exemplo, entenda-se necessária a coleta ou o levantamento de mais elementos sobre a irregularidade ou ilegalidade apontada.

#### 4.1.2 Iniciativa do julgamento de contas

Existem dois grupos de sujeitos submetidos ao julgamento de suas contas. A divisão foi tratada no item 3.2.2 acima. O primeiro abrange os administradores e demais responsáveis pela gestão de dinheiros, bens e valores públicos obrigados a submeter suas contas ao TCU anualmente. O segundo, aqueles que derem causa à perda, extravio ou outras irregularidades de que resulte prejuízo ao erário.

Em termos processuais, o primeiro grupo submete suas contas ao TCU mediante prestação de contas enquanto o segundo terá suas contas julgadas através de tomada de contas especial, que pode ser instaurada a qualquer tempo, toda vez que identificados indícios da ocorrência de prejuízo ao erário ou omissão do dever de prestar contas.

---

<sup>95</sup> A denúncia pode ensejar a instauração de tomadas de contas especial, a depender de seu objeto e completude dos fatos e provas levados ao conhecimento do TCU.

Em relação ao primeiro grupo, a iniciativa e trâmite pode seguir dois fluxos distintos: o de prestação de contas e o da tomada de contas. A prestação de contas é dever dos administradores e responsáveis, de modo que o processo tem início a partir de ação do próprio controlado e seguirá as normas internas do TCU que regem seu processamento<sup>96</sup>.

A tomada de contas pode ocorrer por iniciativa do próprio TCU, quando, por exemplo, identifica irregularidade, que não envolva débito, a partir da prestação de contas pelo administrador ou responsável, de denúncia de qualquer cidadão, partido político ou associação ou de representação por sujeitos legitimados a fazê-la.

O fundamento legal da possibilidade de iniciativa pelo controle interno, partido político ou sociedade civil está, novamente, nos §§ 1º e 2º do art. 74 da Constituição Federal. O responsável pelo controle interno tem dever de provocar o TCU quando identificada irregularidade passível de apuração em tomada de contas.

O processo de tomada de contas especial segue o mesmo fluxo da tomada de contas. Pode ser iniciada pelo próprio TCU, por provocação do controle interno, sociedade civil organizada em sindicato ou associação, partidos políticos e autoridades legitimadas a representar ao Tribunal. Distingue-se da tomada de contas porque passível de instauração quando a irregularidade ou ilegalidade identificada envolve débito ou a omissão do dever de prestar contas.

#### 4.1.3 Iniciativa de consulta

O passo inicial da consulta é, naturalmente, sua formalização junto ao TCU. Como visto no item 3.2.3, referida atribuição do TCU não foi tratada na Constituição Federal. Consiste em criação do legislador ordinário, cuja competência, entretanto, está implícita no rol trazido pelo art. 71, desde que compreendida com as limitações tratadas naquele mesmo item do Capítulo anterior.

A LOTCU não definiu os sujeitos com competência para fazer consulta ao Tribunal. O RITCU o fez, limitando o acesso ao expediente a curto rol de autoridades, especificamente: (i) Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; (ii) Procurador-Geral da República; (iii) Advogado-Geral da União; (iv) presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; (v) presidentes de tribunais superiores; (vi)

---

<sup>96</sup>Atualmente, Instrução Normativa nº 84/2020 do TCU.

ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; e (vii) comandantes das Forças Armadas (art. 264, RITCU).

Cabe exclusivamente às referidas autoridades provocar o TCU a manifestar-se sobre dúvidas quanto à interpretação de norma legal ou infra-legal relacionadas às matérias de sua competência.

## 4.2 Momento do controle dos contratos administrativos

Em vista das informações trazidas no Capítulo anterior, é fácil identificar que o controle dos contratos administrativos pode ser realizado concomitante ou posteriormente à execução dos ajustes. A fiscalização trata-se de instrumento próprio para o controle dos contratos em curso. O julgamento de contas, via processo de prestação ou tomada de contas, ocorre *a posteriori*, pois pressupõe a anterior apresentação das contas pelo administrador, responsável ou, no caso do processo de tomada de contas especial, a ausência de prestação das contas no prazo definido ou a constatação de prejuízo ao erário. Por sua vez, a fiscalização dos atos praticados nas licitações pode ser entendida como controle prévio no contexto dos contratos administrativos.

Não há dúvidas de que o controle ora estudado pode ser realizado na fase externa das licitações ou durante ou após a execução do contrato administrativo<sup>97</sup>. A discussão gira em torno da possibilidade de controle quando ainda não publicado o edital de licitação do qual se originará a avença, a chamada fase interna da licitação. Nesse ponto há claro embate entre a doutrina e o entendimento do TCU.

O tema ganhou relevância à medida que o TCU ampliou o seu controle nas modelagens de contratos de parceria público-privada e concessões públicas. Hoje, vigora a Instrução Normativa nº 81/2018 do TCU, que trata de sua fiscalização exercida nos processos de desestatização no âmbito da União Federal. O art. 3º da normativa diz que o “Poder Concedente deverá disponibilizar, para realização do acompanhamento dos processos de desestatização,

---

<sup>97</sup> Através de pesquisa empírica em processo de fiscalização autuados entre 2003 e 2014, Francisco Sérgio Maia Alves constatou que a maior parte dos processos em que controle do TCU não foi eficaz na tarefa de restabelecer o estado de legalidade são os realizados quando a contratação não se encontrava em estágio avançado (**Controle corretivo de contratos de obras públicas efetuado pelo TCU e pelo Congresso Nacional: Marco jurídico e análise empírica de sua eficácia**. Orientador Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2016, p. 166).

pelo TCU, os estudos e as minutas dos instrumentos convocatórios e respectivos anexos, incluindo minuta contratual e caderno de encargos”.

O art. 9º da mesma Instrução Normativa determina que a unidade técnica do Tribunal, após reunida e analisada toda documentação pertinente, enviará “proposta de mérito” ao Ministro Relator do processo, a fim de que o TCU “emita pronunciamento quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos fiscalizados”.

A disposição deixa clara a posição do TCU no sentido de que seria possível o controle prévio dos contratos de concessão, parceria público-privada ou venda de ações de empresas estatais, ainda na fase interna da licitação. Grandes vozes da doutrina nacional resistem a esse tipo de iniciativa pelo TCU<sup>98</sup>. Eduardo Jordão sintetiza a discussão e se posiciona contrariamente à competência do TCU de realizar controle prévio de editais, tendo por base mudança da opção do legislador em relação ao tema<sup>99</sup>.

Segundo ao autor, até 1967, a regra era que o TCU atuasse preventivamente. A Constituição de 1967 não trouxe previsão nesse sentido, silêncio interpretado como opção deliberada de mudança da sistemática, eliminando, a partir daí, o denominado controle prévio<sup>100</sup>. Chama a atenção também para o fato de inexistir norma legal ou infra-legal que tenha atribuído ao TCU a tarefa ou a possibilidade de realizar o controle de editais antes de sua publicação.

Tem razão a doutrina nacional aqui representada pelas ideias de Jordão. Os atos praticados na fase interna de uma licitação, embora atos administrativos sejam, compreendem espécie de *projeto* da futura licitação. Não seria apropriado falar em irregularidade ou ilegalidade praticada nessa etapa. Admitir que o TCU interfira nessa fase da licitação seria o mesmo que atribuir a ele a função de *projetar* juntamente com o gestor responsável o edital e demais atos do processo licitatório. A tarefa é própria da função administrativa e não da competência de controle.

Perceba que o problema não está em o TCU contribuir, analisar, opinar sobre os atos da fase interna da licitação, inclusive as minutas do edital e contratos. Se a qualquer cidadão é

---

<sup>98</sup> Nesse sentido é a posição de Jorge Ulisses Jacoby (*Op. cit.*, p. 256).

<sup>99</sup> A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitações não publicados: Controlador ou administrador? In: ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (coords.). **Tribunal de Contas da União no direto e na realidade**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 337-364.

<sup>100</sup> Sobre a mudança, Jordão registra: “Tudo começou a mudar, no entanto, com a Constituição de 1967. Como parte de projeto para impulsionar o desenvolvimento econômico, o governo militar promoveu vasta reforma administrativa e financeira, que terminou por impactar também as competências do TCU. [...] a principal modificação introduzida à época foi o abandono do sistema de registro prévio de despesas. Esse modelo foi substituído por dois mecanismos diferentes: (i) a instituição de órgão de controle interno pela administração pública e (ii) a introdução de um controle posterior e eventual pelo TCU por meio de inspeções e auditorias”. (*Ibidem*. p. 347)

dada a possibilidade de contribuir e criticar tais documentos em consultas públicas, por exemplo, devem ser também admitidas as contribuições do TCU, órgão técnico institucionalmente incumbido de controlar o exercício da função administrativa sob determinados aspectos. Essa espécie de diálogo deve ser sempre incentivada.

O problema nasce quando o TCU *condiciona* e *vincula* a administração pública à sua “proposta de mérito” sobre a legalidade, legitimidade e economicidade do *projeto* da licitação, colocando-se como autoridade de cuja *aprovação* depende o processamento da fase interna da licitação. Essa atribuição não foi dada ao TCU.

Assim, o controle dos contratos administrativos pode ocorrer prévia (após a publicação do Edital da licitação e antes da celebração do contrato), concomitante ou posteriormente à execução do ajuste. As normativas internas do TCU que preveem sua atuação antes da publicação do edital, por exemplo, na modelagem, de contratos de concessão pública, como é o caso da Instrução Normativa nº 81/2018, são incompatíveis com a dinâmica do controle externo previsto no texto constituinte e, ainda, embaralha indevidamente as atribuições dos administradores públicos e controlador.

A Lei nº 14.133/2021 reforçou a importância do controle preventivo nas contratações públicas. Controle preventivo é aquele que previne a ocorrência de ilícitos ou danos passíveis de apuração pelos órgãos de controle, e não o controle prévio, na fase interna da licitação, aqui tratado. O controle do contrato pode ser concomitante à sua execução, no bojo de fiscalização pelo TCU, e ao mesmo tempo preventivo, por utilizar técnicas ou medidas para prevenir a ocorrência de irregularidade ou ilegalidade em contrato.

Não há base legal para se sustentar argumento no sentido de que a nova Lei teria alterado a dinâmica do controle externo dos contratos administrativos, prevendo que ocorresse também em relação aos atos administrativos praticados na fase interna da licitação. Para esses atos, permanecem válidas as ressalvas trazidas acima em relação ao momento do controle exercido pelo TCU.

### **4.3 Parâmetros do controle dos contratos**

É da própria essência do controle a existência de parâmetros prévios a serem adotados em sua realização. Como dito no Capítulo 1, tópico 1.3.1, não há controle sem parâmetros ou realizado a partir de parâmetros definidos segundo escolha do controlador.

O *caput* do art. 70 da Constituição Federal definiu os parâmetros do controle externo da função administrativa no Estado brasileiro. São eles: legalidade, legitimidade e economicidade.

Tais parâmetros são os utilizados em toda a atividade de controle exercida pelo TCU, inclusive sobre os contratos administrativos.

Não há parâmetros próprios, diferentes dos gerais, aplicáveis pelo TCU apenas no controle dos contratos administrativos. Assim, para o estudo do tema objeto do presente item, faz-se remissão ao conteúdo do tópico 2.2.2 do Capítulo 2.

Embora os parâmetros sejam únicos para toda atividade de controle, é natural que um ou outro ganhe maior evidência de acordo com o objeto analisado. No caso dos contratos administrativos, o parâmetro da economicidade tem papel de destaque na atividade de controle. Os preços praticados nos contratos é ponto central de inúmeras ações realizadas pelo TCU no exercício do controle da função administrativa e de litígios judiciais envolvendo as decisões da Corte. A partir da utilização do parâmetro da economicidade, gerou-se densa jurisprudência do TCU na procura de balizar os preços praticados nos contratos e limitar suas alterações, parcela dela absorvida inclusive pela legislação<sup>101</sup>.

A questão se revela mais complexa por seu potencial de atingir diretamente terceiros, que não exercem a gestão de dinheiros públicos ou desempenham função administrativa, os contratados do Poder Público. Esse tema será tratado no Capítulo 5 ao se estudar as consequências do controle, que podem variar de acordo com o parâmetro à luz do qual seja a irregularidade identificada ou o sujeito em questão (particular, gestor público e ente da administração contratante).

Para o presente momento, basta saber que os parâmetros de controle dos contratos administrativos pelo TCU são os mesmos utilizados em suas demais atividades e fixados no *caput* do art. 70 da Constituição Federal: legalidade, legitimidade e economicidade.

#### 4.4 Critérios na seleção dos contratos objeto de fiscalização

Ao lado dos parâmetros e do momento do controle exercido pelo TCU, é possível ainda identificar critérios utilizados pela Corte no exercício da referida atribuição em relação às

---

<sup>101</sup> Também é verdade que as leis passaram a tratar com mais frequência do controle dos contratos administrativos pelos órgãos de controle. Guilherme Jardim Jurksaitis expõe a interação entre as leis de diretrizes orçamentárias e o controle externo, demonstrando como aquelas, ao longo do tempo, passaram a reger a atuação do TCU, especialmente nos contratos de obras públicas (As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (coords.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1275-1296).

licitações e contratos administrativos. Os critérios são os da oportunidade, materialidade, relevância e risco e foram expressamente mencionados no art. 170 da Lei nº 14.133/2021.

Os critérios devem ser utilizados na seleção do objeto da fiscalização e não em seu exercício em si. Sua definição consiste em medida de gestão pública, definida a partir do reconhecimento de que não seria possível e tampouco eficiente os Tribunais de Contas realizarem a fiscalização de todos os contratos administrativos. Iniciativa do gênero certamente traria ônus incompatível com seus benefícios. Sob o aspecto financeiro, provavelmente importaria em mais gastos que os prejuízos ou despesas que a fiscalização pretende evitar, sendo medida contrária à própria proteção ao erário. Trata-se de iniciativa para a racionalização de custos.

Conquanto os critérios tenham sido previstos na Lei nº 14.133/2021, não se trata de novidade no exercício do controle pelo TCU. As normativas internas do TCU, ao tratar da forma como suas ações são organizadas, mais precisamente de sua gestão e planejamento internos, já trazia referidos critérios. Tanto a Resolução nº 269/2015 como a Resolução nº 308/2019 que a substituiu, ambas do TCU, previram que a “proposta de fiscalização será elaborada com base em critérios de risco, materialidade, relevância e oportunidade”.

O nova Lei deu maior amplitude à regra, seja por torná-la norma geral no âmbito dos contratos administrativos, seja por impor o critério a todos os órgãos de controle integrantes das linhas de defesa definidas no *caput* do seu art. 169. Não se trata mais de uma forma de organização interna do TCU, mas norma que vincula a fiscalização das licitações e contratos no exercício do controle interno e externo de todos os entes da Federação.

Assim, a seleção dos contratos que serão objeto de fiscalização pelo TCU não é livre. É regulada e juridicamente vinculada à priorização definida a partir dos critérios da oportunidade, materialidade, relevância e risco. Deve recair sobre contratos que envolvam maior volume de recursos, proporcionem maior benefício para a sociedade e para o interesse público e estejam sujeitos a maiores riscos.

## **5 CONSEQUÊNCIAS DO CONTROLE SOBRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

São diversas as possíveis consequências do controle exercido pelo TCU sobre os contratos administrativos. Se entendidas como todos os resultados ou efeitos produzidos a partir do controle, chegar-se-á a uma extensa lista delas, que abrange desde a produção de informações e recomendações em processos de fiscalização ou auditorias até a punição dos responsáveis por ilegalidade verificada nos contratos.

Interessam ao presente estudo as consequências que importem restrição ou constituição de direitos ou deveres ou que produzam efeitos concretos sobre os contratos objeto do controle ou sujeitos envolvidos na relação contratual.

Normalmente elas estão relacionadas a julgamento<sup>102</sup> negativo por parte do controlador. As decisões do TCU que reconhecem a conformidade de determinado contrato com os parâmetros do controle (legalidade, legitimidade e economicidade) não restringem ou interferem negativamente na esfera jurídica dos sujeitos. O julgamento pela regularidade das contas pelo TCU, por exemplo, não modifica direito do gestor público, apenas declara que cumpriu com seu dever de prestar contas e permanece apto a exercer sua função e direitos instrumentais.

O estudo das consequências do controle dos contratos inicia-se adiante pela definição dos sujeitos sobre os quais podem recair, para então identificá-las e apontar seus efeitos.

### **5.1 Os três sujeitos atingidos pelo controle: contratante, contratado e gestor público**

No item 2.2.3 deste estudo foram identificadas as pessoas sujeitas ao controle pelo TCU. Não se tratará delas no presente tópico do trabalho, mas dos sujeitos atingidos pelas consequências do controle sobre os contratos administrativos.

São três os sujeitos na condição: o ente da administração pública contratante, pessoa jurídica de direito público ou privado; o particular contratado, pessoa física ou jurídica de direito privado; e o agente público responsável pelo contrato, gestor público ordenador de despesas e, conforme o caso, o fiscal do contrato<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> O termo não significa que o TCU exerce jurisdição, mas sim que se põe a analisar e qualificar positiva ou negativamente o objeto do controle segundo os parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade.

<sup>103</sup> O art. 117 da Lei nº 14.133/2021 diz que “a execução do contrato deverá ser acompanhada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-

Aqui cabe retomar o seguinte questionamento anteriormente levantado: o particular contratado pela administração está sujeito ao controle pelo TCU quando do contrato resultar prejuízo ao erário público? A resposta é negativa, como antecipado no item 2.2.3, e será aprofundada adiante.

Não é esse, porém, o entendimento do TCU<sup>104</sup>. A Corte considera sujeitos ao seu controle os particulares contratados pela administração nos casos em que da relação contratual advenha dano ao erário. A posição é sustentada sob o argumento de que teriam aqueles sido incluídos no rol de pessoas sujeitas ao controle pelo TCU na parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, que diz caber à Corte de Contas *julgar* as “contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Trata-se de uma leitura equivocada e incompleta do comando constitucional. O art. 71, inciso II, trata de competência específica do TCU, a de julgar contas. O dispositivo deve ser compreendido em conjunto com o parágrafo único do art. 70 da Constituição, que prevê: “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Têm contas julgadas pelo TCU aqueles que as prestam, de forma ordinária, todos os anos, ou extraordinariamente, quando detectado dano à administração, mediante tomada de contas. O particular contratado pela administração não utiliza, arrecada, guarda ou administra verbas públicas, portanto, não submete contas ao julgamento do TCU. A competência tratada no inciso II do art. 71 da Carta Maior não o abrange. E nenhuma das outras competências da Corte, trazidas nos demais incisos do art. 71, refere-se a particular contratado pela administração pública.

---

los com informações pertinentes a essa atribuição.” As responsabilidades dos fiscais do contrato são distintas da do ordenador de despesas. Nem todas são passíveis de controle pelo TCU, mas apenas as relacionadas aos aspectos financeiros em sentido amplo do contrato. O ateste de medições dos contratos, para fins de pagamento do preço, é um exemplo de atividade do fiscal que pode sofrer fiscalização por parte do TCU. Segundo Luciano Ferraz, cabe ao fiscal “verificar se os contratados cumpriram com suas obrigações e responsabilidades a contento, com ênfase no cumprimento dos projetos e termos de referência, nas especificações do objeto, na qualidade das entregas e nas demais exigências previstas nos contratos” (Contratos na nova lei de licitações e contratos. In: **Licitações e contratos administrativos: Inovações da lei 14.133, de 1º de abril de 2021.** DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 216-217).

<sup>104</sup> Nesse sentido, veja o Acórdão nº 240/2009-Plenário, a partir do qual foi emitido o seguinte enunciado pelo TCU: “Havendo prejuízo aos cofres públicos federais, a jurisdição do TCU alcançará o causador do dano, seja ele pessoa física ou jurídica, pública ou privada”. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/jurisdic%25C3%25A7%25C3%25A3o/COPIAAREA%253A%2522Compet%25C3%25AAncia%2520do%2520TCU%2522/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/24/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 12 out. 2021.

O fato de as despesas do contrato serem pagas com recursos do orçamento da União Federal não coloca o particular em qualquer daquelas condições. Ao ingressarem no patrimônio do particular, os valores pagos em remuneração ao fornecimento de bens ou serviços perdem a natureza pública. O contratado não assume *munus* público ao ser contratado ou remunerado pela administração pública e nem administra seus bens ou dinheiros.

Apesar de não estar sujeito ao controle pelo TCU, o particular contratado por ente da administração pública pode vir a sofrer consequências concretas do controle exercido sobre os contratos administrativos, dentre elas, a cobrança de débito imputado pelo controlador decorrente de dano ao erário perpetrado na execução contratual. Ainda, a ordem para a sustação do contrato pelo TCU lhe atingirá diretamente.

O ente da administração pública, por sua vez, é atingido diretamente pelas deliberações do TCU direcionadas ao contrato. As ordens ou recomendações para sanar ilegalidade no contrato, mediante sua alteração ou da forma de sua execução, o impactarão enquanto parte da relação contratual. Por último, os agentes públicos responsáveis pela contratação podem vir a ser penalizados por ilegalidade verificada no contrato, cobrados por prejuízos dele oriundos ou ter suas contas julgadas irregulares. Estão aí incluídos os gestores responsáveis pelo contrato ordenadores das despesas e eventuais fiscais do contrato, conforme o caso.

## **5.2 Possíveis consequências do controle pelo Tribunal de Contas da União dos contratos administrativos**

### **5.2.1 Determinações à administração pública contratante para a alteração dos contratos ou de sua forma de execução**

Dentre as competências atribuídas ao TCU pela Constituição Federal está a de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (art. 71, IX, da CF). O exercício da referida competência se concretiza mediante atos os quais a literatura jurídica brasileira convencionou chamar de atos de comando<sup>105</sup>, que consistiriam em deliberações mandamentais hábeis a impor a terceiros a adoção de providências concretas com vistas a restaurar a legalidade.

---

<sup>105</sup> Os professores Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sundfeld não enxergam no art. 71, XI, da Constituição Federal o fundamento para o TCU emitir atos de comando. Nas suas palavras, o dispositivo traria uma “oportunidade para eventual alinhamento consensual entre controlado e controlador, no espírito de atuação colaborativa” (*Op. cit.*, p. 200).

Em reforço à aludida competência, a LOTCU estabeleceu, em seu art. 45, que, “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”.

Nas normativas internas do TCU (atualmente, Resolução nº 315/2020), referidas deliberações são designadas *determinações* e podem vir a tratar de contratos administrativos, através de ordens para a correção de ilegalidade verificada em suas cláusulas ou forma de execução. Para ilustrar a hipótese, suponha que o TCU, no curso de fiscalização, verifique conter determinado contrato celebrado pela União Federal cláusula que infrinja lei orçamentária ou cuja execução venha ocasionando danos ao seu patrimônio. A circunstância permitirá que o TCU expeça determinação assinalando prazo para que a ilegalidade seja corrigida.

Tais determinações podem ter como objeto contratos ou editais de licitação. Não cabe, contudo, ao TCU exercer o controle e, conseqüentemente, deliberar pela alteração dos atos praticados pela administração pública na fase interna da licitação, notadamente antes da publicação do edital, conforme estudado no item 4.2 deste trabalho.

O comando da Constituição autorizador da providência por parte do TCU fixa de antemão duas importantes balizas. A primeira delas é a de que o destinatário da determinação será sempre o órgão ou entidade da administração pública contratante e nunca o gestor público responsável ou o particular contratado. A segunda diz respeito ao parâmetro do controle apto a gerar determinações. A parte final do dispositivo deixa claro que apenas podem ser expedidas no caso de “verificada ilegalidade”. A Constituição Federal não conferiu poder ao TCU para emitir determinação para a correção de ato ou contrato ilegítimo ou antieconômico.

A constatação não significa que o controlador deva ficar inerte diante da constatação, por exemplo, da celebração de contrato com recursos do orçamento da União Federal para fins ilegítimos ou cuja execução se revele antieconômica à administração. Nestas circunstâncias, o TCU deverá, conforme for, representar à autoridade competente ou expedir *recomendações*, como se verá no tópico a seguir. Mas a Constituição é clara ao restringir a possibilidade de deliberações mandamentais aos casos em que verificada ilegalidade.

Embora a constatação pareça limitar a competência para expedição de determinações pelo TCU, a amplitude do parâmetro da legalidade carrega em si inúmeras possibilidades. Como demonstrado no tópico 2.2.2.1, a Constituição Federal não definiu um sentido específico de legalidade a ser utilizado na tarefa do controle externo da função administrativa e parece assente que a noção tradicional de legalidade restrita à averiguação do ato às prescrições das leis em sentido formal foi ultrapassada.

Por outro lado, não é qualquer ilegalidade que pode ensejar expedição de determinações pelo TCU. O controlador não é um revisor geral<sup>106</sup> dos contratos administrativos. O parâmetro é o da legalidade, mas dentro das matérias de sua competência, quais sejam, orçamentária, contábil, financeira e patrimonial. O TCU não poderia, por exemplo, determinar que a administração pública alterasse a maneira como o contrato vem sendo executado por infringir normas ambientais.

Apesar da delimitação parecer simples na teoria, é extremamente complexa na prática. Considerando serem os contratos instrumentos de execução de despesas da administração, é possível enxergar potenciais repercussões financeiras ou orçamentárias nas mais diversas questões relacionadas à sua execução. Diante da dificuldade de delimitação precisa dos pontos da contratação passíveis de controle pelo TCU, a partir do recorte feito pelas temáticas inseridas em sua competência (orçamentária, contábil, financeira e patrimonial), há uma tendência de a Corte atuar como revisora da legalidade dos contratos celebrados pelos entes da Administração Pública Federal de forma geral.

São muitos os fundamentos aptos a motivar o exercício da competência prevista no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal. Sem prejuízo, os produtos dela oriundos e seus destinatários podem ser facilmente delimitados, respectivamente, assinalar prazo para que sejam adotadas providências pelo órgão ou ente da administração pública contratante.

O TCU não tem competência para promover, por mão própria, alterações em contratos ou adotar outras providências em prol da restauração da legalidade<sup>107</sup>. Segundo o dispositivo, cabe ao controlador determinar que a administração pública o faça dentro de prazo assinalado. Nesse cenário, é inevitável a pergunta: o ente da administração pública destinatário da determinação pode descumpri-la? Compete ao TCU definir qual providência deve ser adotada para sanar a ilegalidade ou apenas definir prazo para que a administração a defina e corrija?

Não há dúvidas de que a resposta à primeira pergunta é positiva. Mas a recusa ou inércia por parte da administração pública fará com que os agentes públicos responsáveis assumam os riscos inerentes à manutenção da ilegalidade constatada, incluindo o julgamento pela irregularidade de suas contas, aplicação de multa ou imputação de débito, neste último caso quando a ilegalidade implicar prejuízos ao erário.

---

<sup>106</sup> A afirmação de que o Tribunal de Contas não é “revisor geral da Administração” é utilizada pelos professores Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sundfeld em sua produção acadêmica. Como exemplo, veja o título do tópico 2 do artigo de autoria dos professores publicado na obra *Contratações públicas e seu controle*, já mencionada anteriormente. Hoje, a expressão é repetida em artigos e obras de diferentes autores.

<sup>107</sup> Sobre o tema, veja tópico 6.1 do Capítulo 6 deste trabalho.

Caso o ente da administração pública destinatário da determinação discorde da avaliação do TCU – e o gestor não queira ficar sujeito às potenciais consequências acima elencadas –, a deliberação poderá ser submetida ao Judiciário, ao qual cabe a última palavra sobre a legalidade da determinação. Na prática, são raros os casos em que a administração questiona judicialmente as determinações do TCU. Regra geral, esse tipo de iniciativa é adotado pelo particular contratado quando a providência definida pelo controlador contraria seus interesses.

A resposta à segunda pergunta merece maior aprofundamento. No contexto dos contratos administrativos, o tema ganhou contornos distintos com a edição da Lei nº 14.133/2021. Explica-se.

Primeiro, vale pontuar que o inciso IX do art. 71 da Carta Maior não deixa claro se ao TCU competiria definir quais providências devem ser adotadas pela administração para corrigir a ilegalidade ou apenas apontá-la e fixar prazo para que a administração pública a elimine. A escolha pela primeira alternativa não é tão simples quanto parece.

Se, por um lado, é possível intuir que aquele de cuja análise resultou a identificação da ilegalidade seria também competente, e até mais capacitado, para definir a maneira como deveria ser sanada, por outro, a depender dos fatos, atos ou procedimentos em que foi verificada, a decisão quanto ao caminho a ser seguido pode ter relevante conteúdo político, aqui representado por uma avaliação das consequências de cada uma das possíveis alternativas frente à finalidade pública almejada.

A partir disso, é possível sustentar que somente a administração poderia definir a maneira como restaurará a legalidade, não tendo o TCU o poder de predefini-la. A direção, contudo, poderia levar a sucessivas e improdutivas *idas e vindas* entre o controlado e controlador, em que ao último caberia apenas a resposta binária sobre o cumprimento ou não da lei pela providência definida pela administração. Representaria também visão limitada e restritiva das potencialidades da análise técnica no bojo do controle externo.

O TCU é competente para avaliar a parcela dos atos, fatos e procedimentos da administração e dizer se estão em conformidade com o parâmetro da legalidade, dentro das matérias de sua competência. Não seria razoável inibir o TCU de apontar a forma como a administração deve sanar ilegalidade identificada, com base em leitura literal do art. 71, IX, da Constituição.

A afirmativa deve ser, contudo, compreendida com temperamentos especialmente no contexto dos contratos administrativos. Em casos extremos, nos quais não é possível sanar a ilegalidade mediante alterações no contrato ou na forma como é executado, a problemática

sobre quem define o caminho a ser seguido fica ainda mais evidente. Nesta circunstância, é inevitável o questionamento: o TCU deve definir se a administração declarará a nulidade do contrato ou irá mantê-lo mesmo com a ilegalidade ou essa decisão compete apenas à administração, cabendo ao controlador unicamente apontar a ilegalidade?

Para enfrentar o tema, importante considerar que a Lei nº 14.133/2021 trouxe significativos avanços na teoria das nulidades dos atos administrativos em geral (incluídos aí atos, procedimentos e contratos), abrandando o exercício da autotutela, a fim de compô-lo com a necessidade de atendimento ao interesse público e maior atenção à boa-fé, à segurança jurídica e aos direitos de terceiros<sup>108</sup>. Esse norte já havia sido incorporado pela LINDB, quando de sua alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018.

O art. 147 da Lei nº 14.133/2021 determina que a declaração de nulidade do contrato apenas deve ocorrer quando se revelar medida de interesse público, com avaliação de extenso rol de aspectos, notadamente: impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; motivação social e ambiental do contrato; custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

O dispositivo claramente reforça a dimensão política<sup>109</sup> da decisão de declaração de nulidade do contrato ao ordenar a contraposição entre a necessidade de correção da ilegalidade

---

<sup>108</sup> De acordo com Luciano Ferraz: “é inquestionável a evolução e sensibilidade do tratamento da matéria na Lei nº 14.133/2021, que redimensiona o exercício da prerrogativa administrativa de anulação dos contratos eivados de ilegalidade, trazendo para a Administração Pública novas possibilidades que extrapolam os esquemas clássicos estruturados pela Lei de processo administrativo. Esses novos dispositivos trazem impactos relevantes para a teoria das nulidades dos atos administrativos, em favor da modulação de efeitos de sua pronúncia em cada caso. Agora, é a Lei – e não mais apenas os princípios jurídicos – que se predica a compreensão de que a utilização de uma fórmula geral – *one size fits all* – deve ser abandonada, prenunciando a superação da lógica da invalidação com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* – ou a simples preservação do ato inválido praticado – para impor a avaliação por parte da Administração Pública, dos órgãos de controle e do Poder Judiciário da necessidade de adoção em cada um regime de transição em favor da adequada acomodação dos direitos e deveres dos administrados”. (*Op. cit.*, p. 216-217).

<sup>109</sup> Não existe definição precisa para o termo política. Ele teve origem no grego *politikós*, junção de *polis*, que significa cidade, e *tikós*, que significa bem comum. Na literatura jurídica brasileira, é adotado com diferentes sentidos. Aqui a acepção adotada está relacionada ao espaço reservado para as escolhas do administrador, em que

com aspectos como os impactos em postos de trabalhos, a motivação social do contrato, riscos sociais decorrentes do atraso na fruição do benefício que seria proporcionado pela execução contratual.

A paralisação das obras de construção de uma rodovia postergará o uso do equipamento pela população. O encerramento de contrato de fornecimento de merendas para a rede pública de educação pode significar redução da frequência dos alunos nas aulas. Há repercussões práticas a serem consideradas na decisão, cuja avaliação apenas o Executivo consegue realizar. A sociedade e a administração pública são quem suportam as consequências concretas da decisão, que precisam ser sopesadas na análise.

A escolha feita pelo legislador no art. 147 da Lei nº 14.133/2021 reforça a inadequação de o TCU *determinar* à administração que declare ou não a nulidade de contrato, justamente pela avaliação política que deve compor a decisão<sup>110</sup>. Assim, caso o TCU assinale prazo para que a administração corrija ilegalidade em contrato, com base na competência definida no art. 71, IX, da Constituição, e antecipe na deliberação que a maneira adequada para se cumprir a ordem seria a declaração de nulidade do ajuste, a esta segunda parte da deliberação não deve ser conferida cogência.

Da mesma forma, a deliberação do TCU no sentido de que o contrato deve ter sua execução mantida, mesmo que o ajuste apresente ilegalidade, justificada no interesse público não deve ser cogente.

Embora o TCU possa apontar a alternativa que entenda mais adequada para sanar a ilegalidade ou a necessidade de manutenção de contrato ilegal, a administração não deve ficar vinculada à deliberação e terá margem para decidir se e como restaurará a legalidade e se manterá o contrato.

O TCU não pode substituir a administração em suas decisões políticas, o que ocorrerá se atribuída cogência à sua deliberação. Não se deve confundir a avaliação de questões políticas relacionadas à contratação com seu confronto com o parâmetro de controle da legitimidade. A primeira cabe apenas àquele que exercer função administrativa e a segunda pode ser realizada pelo controlador. Como visto no tópico 2.2.2.2, a legitimidade que o TCU se lança a avaliar

---

mais de uma alternativa são legais, e a partir da análise das consequências, ganhos, conveniência e oportunidade de cada, em prol de finalidade pública.

<sup>110</sup> Ao tratar da anulação dos processos licitatórios, a Lei nº 14.133/2021 seguiu sentido distinto, ao determinar que a decisão dos Tribunais de Contas que decidirem o mérito de medida cautelar deverá “definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar sua anulação”. O dispositivo não apenas conferiu a possibilidade de os Tribunais de Contas determinarem o caminho a ser adotado pela administração pública para sanear a ilegalidade na hipótese, mas o dever de assim fazerem.

indicará se o ato ou alternativa escolhida está em direção à finalidade pública enunciada pela lei e não se a escolha foi a melhor dentre as disponíveis ao administrados frente às consequências e ganhos de cada ou se aderente ao que ele, controlador, julga ser do interesse público.

A parcela da decisão do TCU que fixa caminho a ser seguindo pela administração para sanar a ilegalidade, quando a definição depender de exame político (como é o caso, muitas vezes, da declaração de nulidade de contrato e o momento em que produzirá efeitos), deve ser recebida como *recomendação*, mesmo que tenha sido revestida formalmente de determinação<sup>111</sup>. A administração terá o ônus de dialogar com a recomendação do TCU e motivar sua eventual decisão por providência distinta da recomendada pelo controlador. Da mesma forma, o TCU deve considerar a manifestação da administração pública ao formular sua recomendação sobre a alternativa a ser seguida<sup>112</sup>.

Claro que, ao seguir em linha distinta da apontada pelo TCU, a administração corre o risco de o controlador, ao fim, considerar que o caminho adotado não foi suficiente para sanar a ilegalidade e sujeitar o agente responsável à aplicação de penalidades pela manutenção do ilícito, como ocorre com qualquer decisão do controlador. Não significa que a solução proposta pelo controlador seja cogente. A decisão carrega conteúdo político, resultante de avaliação das finalidades públicas enunciadas e consequências da solução, não podendo ser tomada por órgão técnico estranho ao Executivo.

### 5.2.2 Recomendações relacionadas aos contratos

Os parâmetros do controle dos contratos administrativos pelo TCU são os da legalidade, legitimidade e economicidade. No item acima, viu-se ter a Constituição Federal atribuído ao TCU a competência para expedir atos de caráter mandamental com determinações da adoção de providências por parte da administração pública contratante, a fim de corrigir ilegalidade.

Na hipótese de a avaliação negativa do contrato ser pautada nos parâmetros da legitimidade ou economicidade, eventuais iniciativas do TCU para a correção de falhas ou

---

<sup>111</sup> Não é esse, contudo, o entendimento do STF. No julgamento do MS 23.550/DF, embora tenha reconhecido a impossibilidade de o TCU anular diretamente os contratos, disse ter “competência, conforme art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou” (STF. MS 23.550/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 04 abr. 2001, publicado em DJ de 31 out. 2001).

<sup>112</sup> O art. 170 da Lei nº 14/133/2021, §1º, reforça a necessidade desse diálogo entre controlador e controlado ao dispor que “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderá ser desentranhada”.

melhorias podem ser objeto de *recomendações*. Não há na Constituição ou em lei a previsão de competência específica para a expedição de recomendações. A possibilidade está implícita no dever do TCU de fiscalizar a função administrativa segundo tais parâmetros, no âmbito contábil, orçamentário, financeiro e patrimonial.

Não haveria sentido em o TCU avaliar economicidade e legitimidade de atos e contratos administrativos se da análise não pudesse emitir qualquer espécie de recomendações voltadas à correção de irregularidade ou melhorias em geral. A competência para expedir recomendações tem, assim, fundamento constitucional, embora não explícito.

Aqui é importante uma ressalva. O parâmetro da legitimidade deve ser entendido com os contornos defendidos no item 2.2.2.2 deste trabalho. O exame deve apontar se o ato, procedimento ou contrato se presta à finalidade enunciada em lei e não se seria a melhor alternativa, segundo a visão do controlador, para alcançá-la.

Conforme sugere o próprio nome, as recomendações não têm força cogente. O expediente sinaliza uma postura ativa do TCU em recomendar algo ao controlado e não simplesmente lhe dar ciência quanto à informação ou fato levantados. Visam a melhoria do exercício da função administrativa e a correção de falhas não passíveis de qualificação como ilegalidades.

O texto do art. 12, IV, da LOTCU pode dar margem à interpretação distinta, ao prever genericamente que, caso “verificada irregularidade nas contas”, o TCU “adotará outras medidas cabíveis”. Contudo, o dispositivo não pode ser compreendido de forma oposta ao mandamento constitucional, no sentido de que a constatação de irregularidade autorizaria o TCU a *determinar* à administração pública a adoção de providência específica<sup>113</sup>.

Embora as normativas internas do TCU deixem clara a distinção entre determinações e recomendações, ao atribuir força cogente apenas às primeiras (isso ocorre tanto na Resolução anterior, de nº 265/2014, como na atualmente em vigor, de nº 315/2020), André Rosilho e Vera Monteiro levantam indícios de que, na prática, o Tribunal utiliza os expedientes sem maior rigor, equiparando-os.

A partir da análise de acórdãos proferidos no controle de agências regulatórias enquanto vigorava a Resolução nº. 265/2014, os autores constataram que, para o TCU, “as categorias ‘determinações e recomendações’, em si consideradas, não são tão diferentes assim e potencialmente produzem efeitos muitos similares (ou até mesmo idênticos) no tal jogo

---

<sup>113</sup> Sobre o tema, veja o Acórdão proferido pelo STF no MS 21.682/CE, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno julgado em 11 mar. 1994, publicado em DJ de 6 abr. 1994.

regulatório”<sup>114</sup>. Segundo Rosilho, o TCU buscaria, muitas vezes, imprimir indiretamente efeitos vinculantes às recomendações. Dois seriam os caminhos adotados no propósito: a determinação da elaboração de “plano de ação” pela administração para adoção de providências corretivas e a aplicação de multa com base no art. 58, III, da LOTCU diante da constatação de “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano injustificado ao erário”<sup>115</sup>.

A Resolução nº 315 do TCU, editada em 2020, reforçou a distinção entre os expedientes ao definir recomendação como a “deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidade de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão e dos programas e ações do governo”. O art. 11 da normativa diz caber “à unidade jurisdicionada avaliar a conveniência e a oportunidade” de implementar a recomendação, deixando ainda mais claro carecerem as recomendações de força cogente.

André de Castro Braga entende representar a Resolução nº 315 do TCU inegável esforço de autocontenção do Tribunal ao prever, por exemplo, que as determinações não podem restringir a discricionariedade do gestor (art. 5º) e ao criar “obstáculos procedimentais à emissão desordenada de decisões”. Em pesquisa empírica a partir da análise de 320 acórdãos do TCU, o autor constatou uma diminuição do número de determinações na proporção de 40% no curso dos primeiros 10 meses de vigência da Resolução; e um aumento de 24% do número de recomendações no mesmo período, o que, em sua avaliação, sinalizaria ter o TCU tido “maior cautela na formulação de determinações, reservando-as para a correção de ilegalidades manifestas”<sup>116</sup>.

Talvez seja cedo para avaliar se a Resolução nº 315/2020 implicará, na prática, em maior rigor do TCU na expedição das recomendações e determinações. No plano abstrato, contudo, é claro caber ao TCU emitir atos mandamentais apenas no propósito de corrigir ilegalidades, sob a forma de determinações.

Por envolver despesas para a administração pública, o parâmetro da economicidade recebe grande atenção na avaliação de contratos administrativos. Por essa razão, a expedição de recomendações pelo TCU é *consequência* comum no exercício da tarefa.

---

<sup>114</sup> MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luiz Felipe Valerím (coord.). **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

<sup>115</sup> ROSILHO, *op. cit.*, p. 343.

<sup>116</sup> BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle?** Jota [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: [https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU\\_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle\\_JOTA.pdf](https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf). Acesso em: 21 set. 2021.

### 5.2.3 Sustação de contrato administrativo

O TCU não tem competência, ao menos em princípio, para sustar contratos administrativos em que verifique ilegalidade. A ação a ser adotada no caso é a comunicação ao Congresso Nacional. Caberá a este recomendar as medidas necessárias ao saneamento do contrato ou, quando isso não for possível ou não atendida a recomendação pelo Executivo, a decisão quanto à sustação ou não do contrato.

Diversas são as razões para o constituinte ter atribuído, originariamente, ao Congresso Nacional a decisão quanto à sustação ou não do contrato<sup>117</sup>. Não se trata apenas de impedir que determinado ato ilegal continue a surtir efeitos práticos. A sustação de contrato administrativo significa a suspensão de seus efeitos e tem consequências práticas na execução da função administrativa e conseqüentemente na consecução do interesse público.

Da mesma forma como ocorre com a declaração de nulidade, a decisão de sustação tem conteúdo político. Sua adoção pela administração, e também pelo Congresso Nacional, depende da avaliação de todos os aspectos trazidos no art. 147 da Lei nº 14.133/2021. É inadequado atribuir tal espécie de decisão a órgão técnico de controle externo, ao menos em um primeiro momento.

Até este ponto não há maiores dúvidas. A discussão surge nos casos em que, embora provocado pelo TCU, o Congresso Nacional fique inerte ou, recomendadas pelo Congresso a adoção de medidas para sanear o contrato, Executivo nada faça e o Congresso fique inerte<sup>118</sup>. Em tais casos, o TCU poderia ou não proceder diretamente com a sustação do contrato em que verificada a ilegalidade?

Nessa questão, a literatura jurídica brasileira se divide. O cerne da discussão está na interpretação da parte final no §2º do art. 71 da Constituição Federal ao dizer que “o Tribunal decidirá a respeito” caso, no prazo de noventa dias da comunicação da ilegalidade, Executivo e Congresso fiquem inertes.

Parcela relevante da doutrina defende não ser possível o TCU sustar o contrato em qualquer caso<sup>119</sup>. A competência caberia exclusivamente, e não apenas de forma original, ao

---

<sup>117</sup> Guilherme Jardim Jurksaitis levanta algumas razões para a Constituição Federal atribuir ao Congresso Nacional, e não ao TCU, a competência para sustar contratos em que verificada ilegalidade. (*Op. cit.*, p. 1.294-1.295)

<sup>118</sup> Na prática, o natural é que o TCU, antes de comunicar ao Congresso, determine à administração pública a correção da ilegalidade e, apenas no caso de não saneado o contrato pelo Executivo, faça a comunicação ao Parlamento.

<sup>119</sup> Nesse sentido são as posições de Luiz Roberto Barroso, José Afonso Silva e Marcos Juruena Villela Souto, conforme apresentado por Di Pietro. (O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. **Interesse Público - IP**. Belo Horizonte, ano 15, nº 82, p. 15-48, nov/dez. 2013)

Congresso Nacional. Mesmo no caso de omissão por parte do Executivo e Congresso Nacional na adoção de medida e passados os noventa dias, o TCU não teria competência para sustar o contrato. Não são poucos os argumentos a sustentar essa corrente.

Segundo tal linha de pensamento, o §2º do art. 71 da Constituição mereceria interpretação sistemática a partir da qual se chegaria à conclusão de que, no caso de inércia do Executivo e Congresso Nacional, caberia ao TCU apenas representar à autoridade competente e atuar em relação ao responsável pela ilegalidade, por exemplo, aplicando-lhe multa. Dentre outros nomes importantes, adotam a posição Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>120</sup>, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara<sup>121</sup> e André Rosilho.

Rosilho, ao sintetizar sua posição, diz:

A interpretação fiel do dispositivo, portanto, é, por conta do teor das normas da Constituição e da sua história legislativa, a de que a expressão ‘o Tribunal de Contas decidirá a respeito’ tenha conteúdo (jurídico e prático) diferente da expressão ‘prevalecerá a decisão do Tribunal de Contas da União.’<sup>122</sup>

A segunda corrente defende ter o TCU competência para sustar contrato no caso em que, ultrapassados os noventa dias da comunicação ao Congresso Nacional, este e o Executivo mantêm-se inertes. Assim entendem Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>123</sup>, Ricardo Marcondes Martins<sup>124</sup>, João Pedro Acioly<sup>125</sup> e outros.

Impossível deixar de reconhecer a coerência e robustez das ideias defendidas pela primeira corrente. Mas aqui acolhe-se a posição defendida pela segunda, não exatamente pelos mesmos motivos apresentados pelos seus seguidores acima. A razão da posição é singela: a leitura da parte final do §2º do art. 71 da Constituição não dá margem a outra interpretação que

---

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> CÂMARA; SUNDFELD, *op. cit.*

<sup>122</sup> ROSILHO, *op. cit.*, p. 281.

<sup>123</sup> Função controladora do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano 25, nº 99. Revista dos Tribunais. p. 160-166, jul./set. 1991.

<sup>124</sup> Explica Martins: “Ao revés, nos termos do §2º do art. 71 da CF, em duas hipóteses o constituinte determina a transferência da decisão do Parlamento para o Tribunal de Contas: (1) comunicado pelo Tribunal o vício contratual ao Parlamento, este nada faz; (2) ou, então, sugeridas pelo Parlamento às providências necessárias ao saneamento, o Poder Executivo não as adote e o Parlamento nada faça. Nessas duas hipóteses a Constituição estabelece que, após o prazo de *90 dias* ou da comunicação efetuada ao Parlamento ou da comunicação das providências sugeridas ao Executivo, respectivamente, na omissão do Parlamento, no primeiro caso, e na omissão do Executivo e do Parlamento, no segundo, a decisão sobre a questão transfere-se para o Tribunal de Contas”. (**Efeitos e vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 386, grifos do autor)

<sup>125</sup> A competência subsidiária dos Tribunais de Contas para a sustação de contratos públicos antijurídicos. **Revistados Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 975, p. 101-132, jan. 2017.

não a de que o TCU decidirá a respeito da sustação do contrato caso Congresso Nacional e Executivo permaneçam inertes diante da ilegalidade comunicada, por mais de noventa dias.

Não se enxerga espaço, lidos em conjunto os §§ 1º e 2º do art. 71, para compreensão distinta. A expressão “a respeito” remete, sempre, a ponto anterior do texto. No caso do §2º, a remissão é ao trecho “o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional” trazido no §1º do mesmo dispositivo. Seguindo essa linha, decidirá “a respeito” quer dizer decidirá a respeito da sustação do contrato.

Têm razão os autores que defendem não ser o TCU o órgão mais apto para decidir sobre a sustação dos contratos, haja vista as questões políticas a serem avaliadas na decisão. Talvez por isso é que o constituinte não conferiu competência originária ao Tribunal para a adoção da medida. A competência originária é do Parlamento inquestionavelmente.

É razoável, contudo, que entre as duas alternativas, (1) inércia por parte do Congresso ou do Executivo (no caso deste último, na adoção das providências solicitadas TCU ou Congresso) durante noventa dias ou (2) decisão pelo TCU sobre a sustação do contrato, mesmo não sendo este o órgão mais apto para avaliar a correção da medida, o constituinte tenha escolhido a segunda. É que a primeira tem potencial de trazer prejuízos maiores ao interesse público que a segunda.

A competência é deslocada para o Tribunal de Contas tão somente caso o Congresso Nacional ou, conforme o caso, o Executivo sejam omissos na adoção de quaisquer medidas para suspender os efeitos ou sanar a ilegalidade. A LOTCU (art. 45, §3º) e o RITCU (art. 251, §3º) seguem nesse sentido. Ambos preveem que o “Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato” na hipótese de não adotadas as medidas cabíveis no prazo de noventa dias pelo Congresso ou Executivo.

Atente: conforme o §2º do art. 71 da Constituição Federal, o TCU não pode agir cautelarmente e determinar a sustação de contrato sob o fundamento de verificada ilegalidade. Há longo caminho a ser percorrido antes de se abrir a possibilidade de sua adoção pela Corte de Contas. A sustação de contrato pelo controlador é medida excepcionalíssima, que apenas pode ocorrer na hipótese acima<sup>126</sup>.

Por omissão do Congresso Nacional entenda-se a inércia, a ausência de deliberação a respeito da ilegalidade apontada no contrato ou da omissão do Executivo em sanar a ilegalidade. Se o órgão decidir pela não sustação do contrato, não estará caracterizada a omissão e o TCU

---

<sup>126</sup> E nessa hipótese, o TCU deverá, tanto quanto possível, levar em consideração os elementos trazidos no art. 147 da Lei nº 14.133/21 embora, certamente, em grande parte dos casos, não conseguirá avaliar todos eles, como sustentado no tópico 5.2.1 deste Capítulo 5.

não terá competência para adotar a medida. Não cabe ao TCU avaliar a decisão do Parlamento. Ela prevalecerá.

Pode parecer contraditório defender que o TCU não tem competência para *determinar* a declaração de nulidade de contrato, como feito no tópico 5.2.1 deste Capítulo, e sim para sustar os contratos, pois em ambas as situações há claro conteúdo político nas decisões. Não há, contudo, contradição nas posições.

Definitivamente o TCU não deve substituir o Executivo em suas decisões políticas. Essa é a regra. O que o §2º do art. 71 da Constituição Federal fez foi prever uma exceção, para hipótese excepcional, talvez por entender que o “mal” oriundo do fato de o TCU tomar decisão com conteúdo político é inferior àquele que potencialmente pode advir da omissão do Congresso Nacional e Executivo na adoção de qualquer providência ou análise do caso. A exceção confirma a regra.

Repete-se, caso o Congresso Nacional avalie a situação e decida não sustar o contrato, após a comunicação do TCU, por entender não ser a medida adequada para preservar o interesse público, não há competência para a Corte decidir a respeito. Esta nascerá única e exclusivamente se Congresso Nacional e Executivo ficarem inertes, conforme roteiro antes apresentado.

Por fim, há de se levantar que, embora a interpretação do §2º do art. 71 da Constituição Federal ainda seja objeto de muita discussão na literatura jurídica brasileira, o debate vem perdendo força, por questões de ordem prática. Isso porque, aceite-se ou não a sustação de contrato diretamente pelo TCU, fato é que a Corte tem defendido deter *poder geral de cautela* e adotado toda sorte de medidas acautelatórias, tanto de natureza satisfativa (para prevenir lesão ao erário) como puramente cautelar (garantir a efetividade de seus processos), com efeitos imediatos e concretos sobre as relações contratuais.

Observe que a competência específica do TCU para sustar contratos trazida pelo §2º do art. 71 da Constituição Federal não é o mesmo que o poder geral de cautela atribuído à Corte. A primeira está contida neste, mas fica restrita à hipótese excepcional acima trazida. O poder geral de cautela traz amplas possibilidades para o TCU interferir na execução dos contratos em curso, mediante, por exemplo, determinações para que a administração pública abstenha-se de realizar pagamentos ao contratado e de celebrar aditivos, para além da sustação do contrato prevista no §2º do art. 71.

O TCU tem se utilizado do art. 276 do RITCU<sup>127</sup> e de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>128 129</sup> para fazer valer larga competência cautelar inclusive quanto aos contratos. Diante de tão amplo poder, a discussão quanto à possibilidade de o TCU sustar contratos com base no §2º do art. 71 da Constituição Federal perde o sentido.

Contudo, em relação aos contratos, a Constituição Federal foi específica ao atribuir poder dessa natureza tão somente na excepcionalíssima hipótese trazida no seu §2º do art. 71, o que não se observa em relação aos atos administrativos, que, eles sim, podem ser sustados diretamente pelo TCU toda vez que não atendida a determinação para correção da ilegalidade (art. 71, X, CF)<sup>130</sup>.

A competência definida no art. 71, X, da Constituição para adotar medida cautelar quanto aos atos administrativos ilegais é distinta daquela conferida em relação aos contratos. Não poderia o legislador ordinário igualá-las ou extrapolar qualquer delas.

Da mesma forma, não é porque o texto constitucional atribuiu ao TCU competência para avaliar o exercício da função administrativa em sua dimensão financeira em sentido amplo sob o parâmetro da legalidade que implicitamente outorgou-lhe os mais amplos poderes de interferir nos contratos administrativos toda vez que entender necessário para evitar dano ao erário ou assegurar a efetividade de seus processos. Ainda que se admita a existência de competências implícitas na Carta Maior, no caso específico, o poder geral de cautela vai além do dever atribuído ao órgão técnico de controle externo.

---

<sup>127</sup> “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.” A normativa, contudo, não pode ser utilizada como fundamento para a adoção de medida cautelar em relação aos contratos administrativos. Ela fala especificamente na “suspensão do ato ou do procedimento impugnado”.

<sup>128</sup> O julgamento pelo STF do Mandado de Segurança nº. 24.510 é considerado *leading case* quanto à questão. Na decisão, a Corte extrai da teoria dos poderes implícitos desenvolvida nos Estados Unidos da América a base do poder geral de cautela que disse ter o TCU (STF. MS 24.510/DF. Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 19 de novembro de 2003, publicado em DJ de 19 de março de 2004).

<sup>129</sup> Decisões do TCU citam os Mandados de Segurança 24.510/DF e 26.547/DF julgados pelo STF para afirmar o seu “poder geral de cautelar”. André Rosilho explica o porquê das referidas decisões não servirem para fundamentar tal poder de cautela invocado pelo TCU no caso dos contratos administrativos. (*Op. cit.*, p. 275)

<sup>130</sup> No âmbito desta competência, o art. 171, §1º, da Lei nº 14.133/2021 previu expressamente a possibilidade de os Tribunais de Contas suspenderem cautelarmente processo licitatório, definindo o prazo para que se pronunciem definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão. Ao que parece, a inclusão do dispositivo no projeto de lei respectivo foi motivada mais pela necessidade de se fixar um limite temporal para que os Tribunais de Contas resolvessem em definitivo a questão que para reforço à competência definida no art. 71, X, da Constituição Federal. As licitações são processadas mediante práticas de atos administrativos. Assim, o dispositivo não tem relação com o poder de cautela atribuído ao TCU para sustar contratos.

#### 5.2.4 Aplicação de penalidades aos agentes públicos em relação ao particular contratado

O inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal atribui ao TCU competência para “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei”. Diz ainda o dispositivo que a lei “estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

Tem-se aí o fundamento constitucional da competência sancionatória do TCU, essencial para assegurar a eficácia do controle que exerce em auxílio ao Congresso Nacional. Não há dúvida de que a capacidade de o TCU induzir o retorno do exercício da função administrativa, no seu aspecto financeiro em sentido amplo, à legalidade seria reduzida caso não pudesse aplicar penas aos responsáveis pelos ilícitos<sup>131</sup>. Ao lado das determinações estudadas neste Capítulo, a aplicação de sanções consiste em instrumento através do qual o TCU interfere com maior força na atividade administrativa do Estado.

O texto da Constituição traz balizas à competência sancionatória do TCU. A mais evidente é no sentido de que apenas pode ser exercida no caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas<sup>132</sup>. Ambas podem ocorrer no controle dos contratos administrativos. Através deles, são assumidas e executadas despesas pelos entes da Administração Federal.

Claro exemplo de ilegalidade de despesa é o superfaturamento em contrato decorrente do pagamento de remuneração a fornecimento de serviços ou bens não executados ou entregues. A irregularidade de contas também consiste em evento típico a ensejar a punição do gestor público pelo TCU. Como visto no Capítulo 3, os contratos dos quais o agente público figure como ordenador de despesa compõem suas contas julgadas pelo TCU, sejam elas apresentadas ordinária e anualmente ou de forma excepcional, em processo de tomada de contas.

A constatação de ilegalidade na execução do contrato, em matéria sujeita ao controle pela Corte, pode levá-la a julgar irregular as respectivas contas e aplicar penalidades ao gestor. Embora o art. 71, VIII, da Constituição Federal fale em “irregularidade de contas”, a penalidade apenas pode advir nos casos em que constatada ilegalidade. Isso decorre do princípio da

---

<sup>131</sup> Para um amplo conhecimento desta competência dos Tribunais de Contas, veja PELEGRINI, Márcia. **A competência sancionatória dos Tribunais de Contas: Contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>132</sup> A irregularidade de contas também pode ter por consequência a inelegibilidade para exercer cargo público, na hipótese trazida no art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010. Outras normas específicas também estabelecem consequências do gênero, a exemplo do Decreto nº 9.727/2019.

tipicidade incidente no direito administrativo sancionador<sup>133</sup>, que tem raízes no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Do cenário acima apresentado, entende-se ser a aplicação de penalidades potencial consequência do controle dos contratos administrativos pelo TCU. O parâmetro de controle ensejador das penas aos gestores responsáveis pelas contratações será sempre o da legalidade. A Constituição não admite a punição do agente por ser o contrato antieconômico ou ilegítimo.

A Carta Magna delegou expressamente ao legislador ordinário a definição das penas aplicáveis pelo TCU. Antecipou que uma delas seria a multa proporcional ao valor do dano, deixando para aquele a incumbência de estabelecer as demais. O tema foi tratado na LOTCU.

A LOTCU desobedeceu ao comando constitucional e tipificou, para fins de aplicação de penalidades pelo TCU: o ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário (inciso III do art. 58); não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal (inciso IV do art. 58); obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas (inciso V do art. 58); sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal (inciso VI do art. 58); e reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal (inciso VII do art. 58).

As hipóteses trazidas acima claramente não consistem em “ilegalidade de despesa” ou “irregularidade de contas”. Por mais necessária que pareça, para fins do cumprimento do dever de controle do exercício da função administrativa do TCU, é inconstitucional a penalização daqueles que soneguem informações ao controlador ou obstruam a realização de inspeções. No campo do *ius puniendi*, não há espaço para a ideia de poderes implícitos. Assim, ocorrendo alguma daquelas hipóteses, cabe ao TCU, conforme o caso, expedir determinações ou representar ao órgão competente.

O art. 46 da LOTCU, por sua vez, estabeleceu a aplicação da pena de declaração de inidoneidade para participar em licitações e contratar com a administração pública ao licitante que vier a fraudar licitação. Por licitante entende-se o particular que disputa licitação pública. Há aí mais uma afronta ao texto constitucional.

---

<sup>133</sup> Grotti e Oliveira inserem a competência sancionatória do TCU trazida pelo art. 71, VII, da Constituição Federal, no direito administrativo sancionador ao explicar: “Com status constitucional de órgão autônomo de controle contábil, financeiro e orçamentário (artigo 71, VIII CF) devem ser consideradas sob o império do DAS, no pressuposto de que estas relevantes Instituições de Controle Externo exercem função administrativa singular de controle de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 71, caput CF). A independência das Cortes de Contas não desnatura a função administrativa que a Constituição lhes outorga. Poder-se-á qualificar esta parcela da atividade sancionatória estatal como *Direito Administrativo Sancionador de Controle Externo*”. (Direito administrativo sancionador brasileiro: Breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidade. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 97-98, grifo do autor)

O inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal atribuiu competência ao TCU para aplicar penas “aos responsáveis”. Como visto no item 5.1 deste Capítulo, a expressão “responsáveis” refere-se aos sujeitos obrigados a prestar contas ao órgão de controle, mais especificamente aos sujeitos tratados no parágrafo único do art. 70 (“qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”).

Ou seja, segundo a Constituição Federal, não estão dentre os sujeitos passíveis de punição pelo TCU os particulares contratados pela administração pública, de modo que a LOTCU não poderia ter previsto a aplicação de penalidade aos licitantes que fraudarem o certame.

A constatação não sugere a impunidade dos particulares fraudadores de licitações. Lembre-se que a fraude à licitação é tipificada pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção, Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (tanto a 8.666/93 quanto a 14.133/2021), prevendo cada uma das normas a aplicação de pena ao agente do ilícito. Cabe, então, ao TCU representar perante os órgãos com competência para apurar e punir a fraude, mas, em rigor, não poderia, ele mesmo, aplicar a pena de declaração de inidoneidade.

Há previsão na LOTCU também das penas de multa, em valor fixo ou de até cem por cento do dano ocasionado ao erário, e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública pelo prazo de cinco a oito anos. Observe: há duas multas distintas aplicáveis pelo TCU. Uma em valor fixo pré-definido na LOTCU, atualizado anualmente através de portaria da Presidência do TCU (art. 58), e a outra no valor de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário (art. 57).

A multa em percentual do dano é aplicável quando o responsável for julgado em débito, isto é, no caso de irregularidade de contas ou ilegalidade de despesas que ocasione dano ao erário, cujo ressarcimento, assim, constituirá débito do responsável. A imputação de débito não tem natureza sancionatória e será tratada no tópico a seguir.

A multa em valor fixo será aplicável nas hipóteses tipificadas nos incisos do art. 58, contudo, como antecipado acima, parcela delas ultrapassam o comando do art. 71, VIII, da Constituição, razão pela qual, em rigor, não deveriam dar ensejo a aplicação de quaisquer penas pelo TCU.

À Corte foi outorgada competência para punir a irregularidade de contas e ilegalidade de despesas. As duas hipóteses podem advir de diversas situações, de modo que a delimitação trazida na norma constitucional não significa em restrito rol de tipos infracionais. É amplo o

leque de atos e condutas adotadas no exercício da função administrativa passível de punição pelo TCU.

O RITCU pretendeu estabelecer uma gradação dos valores das multas de acordo com a gravidade das infrações. Embora a intenção tenha sido guiar o TCU e proporcionar maior previsibilidade em sua atividade sancionatória e, via de consequência, segurança jurídica, não se obteve êxito na tarefa. Além da natural dificuldade de se antecipar, no plano abstrato, as condutas infracionais, os dispositivos do RITCU fizeram uso de expressões como “ato praticado com grave infração”, descumprimento “sem causa justificada”, cujo manejo na aplicação da norma abre espaço para juízos de valor dos julgadores, tendo em vista a dificuldade de precisar o seu conteúdo.

Ainda, é grande a variação do valor das multas previstas nos dispositivos para cada conduta típica (o inciso I do art. 26 do RITCU prevê a aplicação de multa em valor compreendido entre cinco e cem por cento do valor fixo trazido na LOTCU), deixando para o julgador ampla margem na definição.

As alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB, mais especificamente os §§ 2º e 3º do seu art. 22, têm importante papel na superação do desafio, ao fornecer elementos a serem considerados pelo julgador na aplicação e sanções. Segundo os dispositivos, devem ser levados em conta na aplicação de sanções a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do agente e sanções de mesma natureza que tenha recebido anteriormente em razão do mesmo fato<sup>134</sup>.

De forma cumulativa com a multa, o TCU pode ainda aplicar ao agente público responsável a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública. Trata-se de mais uma potencial consequência do controle dos contratos administrativos pelo TCU.

A sanção foi prevista no art. 60 da LOTCU e será aplicada sempre que o TCU, por maioria dos votos, considerar grave a infração cometida. Mais uma vez, a LOTCU traz parâmetro sem sentido preciso (“infração grave”). Não é possível classificar determinada conduta como grave mediante simples silogismo. Isso reforça a obrigação de o julgador

---

<sup>134</sup> Pesquisa empírica realizada pela Fundação Getúlio Vargas em associação com a Sociedade Brasileira de Direito Público analisou decisões proferidas desde a publicação da Lei nº 13.655/2018 (26 abr. 2018) até 9 jun. 2020, e mostrou, contudo, que o TCU “parece não empreender maiores esforços para satisfazer esse ônus [de contextualização da infração para definição da pena], além de utilizar um rol de parâmetros limitado, não contemplando todos aqueles trazidos no art. 22 da LINDB, muitas vezes não fundamenta a dosimetria realizada.” (p. 54-55. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021)

expressar nos fundamentos da decisão a razão pela qual qualificou grave a infração examinada e, conseqüentemente, decidiu pela aplicação da referida pena.

#### 5.2.5 Imputação de débito

A competência para imputar débito foi estabelecida no §3º do art. 71 da Constituição Federal, que diz: “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”. O débito referido no dispositivo não é oriundo da pena de multa. Caso contrário, não haveria sentido para se indicar ambos, débito e multa, como elementos distintos da decisão à qual se conferiu eficácia de título executivo.

Não é correto inserir a imputação de débitos dentre as sanções passíveis de aplicação pela Corte. O débito tratado no dispositivo constitucional tem natureza reparatória; é meio para a efetivação da responsabilidade civil daqueles que ocasionem danos ao erário. As multas cobradas pelo TCU também constituirão débito do apenado, mas a “imputação de débito” trazida no §3º do art. 71 da Constituição Federal é espécie distinta.

Com efeito, toda vez que o TCU, no âmbito de fiscalização e processo de tomadas de contas, aferir danos ao erário oriundos da execução de contratos administrativos, deverá imputar débito ao responsável.

É simples perceber a distinção entre as sanções e o débito imputado pelo TCU. O último dever ter o exato valor do prejuízo que venha a ser apurado, ou seja, não varia conforme a gravidade da conduta do infrator ou seus antecedentes. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes da conduta do responsável a impactar no valor do débito; este será, sempre, no valor do dano ocasionado ao erário<sup>135</sup>.

A constatação traz uma série de reflexos. A principal deles é a incidência das regras de direito civil próprias da responsabilidade civil, Título IX do Código Civil Brasileiro. Tais normas conviverão com outras inerentes ao regime de direito público que recaem sobre o exercício do controle externo da função administrativa pelo TCU.

Evidentemente, não é qualquer dano sofrido pelo erário que pode originar a imputação de débito pelo TCU. Não se pode desconsiderar que a imputação de débito concretiza competência específica da Corte de Contas prevista no §3º do art. 71 da Carta Maior e como tal deve ser compreendida à luz das atribuições que lhe foram conferidas pelo texto constitucional,

---

<sup>135</sup> Nesse sentido, veja CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; HELLER, Gabriel. Reparação e sanção no controle de atos e contratos administrativos: as diferentes formas de responsabilização pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, nº 1, p. 51-77, jan./abr. 2020.

restritas ao controle financeiro, orçamentário, contábil e patrimonial do exercício da função administrativa do Estado.

Por essa razão, o prejuízo decorrente, por exemplo, de acidente de trânsito envolvendo veículos de propriedade da União Federal nunca poderá ensejar a imputação de débito ao terceiro causador do acidente pelo TCU. Ainda que a competência para a imputação de débito consista em mecanismo para a efetivação da responsabilidade civil, será delimitada pelo papel constitucionalmente dado ao TCU. Não fosse assim, o TCU se tornaria via alternativa ou substituto do Poder Judiciário no julgamento de ações de conhecimento reparatorias em prol da Fazenda Pública Federal. O controle externo tem por finalidade o bom exercício da função administrativa e não a preservação do patrimônio dos entes da administração pública indistintamente.

Sob a mesma lógica, pode-se dizer que nem todos os prejuízos originários da execução de contrato administrativo podem resultar da imputação de débito pelo TCU. Não é tarefa fácil delimitar quais espécies de danos decorrentes recairiam na hipótese, considerando serem os contratos instrumentos de execução de despesas pela administração pública, o que os coloca no seio das regras orçamentárias. Mas suponha-se, a título de exemplo, que, na execução de obras para a reforma de imóvel de propriedade da União Federal, o contratado acabe por danificar as instalações pré-existentes por imperícia. Não há dúvidas de que o contratado terá que reparar a União Federal pelos prejuízos ocasionados. Contudo, não caberá ao TCU imputar o respectivo débito, pois a providência é alheia ao rol de suas competências.

Por outro lado, o exemplo típico de prejuízo passível de constituição de débito pelo TCU é aquele imputado ao gestor responsável e ao contratado no caso de medição e pagamento por serviços não executados. Na hipótese, há claramente uma infração a normas orçamentárias relacionadas à execução de despesas, cujo descumprimento está inserido no âmbito da competência do controle externo do TCU.

A incidência das normas de direito civil explica um outro aspecto polêmico da imputação de débito pelo TCU: o porquê dos particulares contratados pela administração pública, mesmo não sujeitos ao controle pela Corte de Contas, conforme explicado no item 5.1 acima, poderem vir a ser cobrados aqueles débitos.

A explicação está no instituto da solidariedade passiva no âmbito da responsabilidade civil prevista no art. 264 do Código Civil. A fonte da referida solidariedade consiste na co-participação na perpetração de um dano, conforme parte final do art. 942 do Código Civil<sup>136</sup>. O

---

<sup>136</sup> Há outras modalidades de solidariedade passiva que podem atingir os débitos oriundos dos contratos administrativos. Dentre elas, aquela assumida contratualmente por consorciadas na execução de contrato

dispositivo estabelece que, “se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

O particular contratado pela administração pode vir a responder solidariamente por débito imputado pelo TCU, mas não pode ser punido por este, pois não se trata de pessoa sujeita ao controle externo pelo TCU.

Por sua vez, o reconhecimento da solidariedade consiste em dever do TCU e não faculdade. A seleção do devedor de quem será cobrado o débito cabe exclusivamente ao credor, no caso, a União Federal, através de sua Procuradoria-geral. É tarefa defesa ao TCU.

A responsabilidade civil do agente público aqui tratada é subjetiva, ou seja, requer a presença do dolo ou alguma das modalidades de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) para a imputação de débito pelo TCU. A responsabilidade civil objetiva é exceção no ordenamento jurídico brasileiro, requerendo expressa previsão legal. Não é o caso da responsabilidade relacionada à competência para a imputação de débito pelo TCU<sup>137</sup>.<sup>138</sup>

Cabe dizer ainda que não tem o TCU poderes de execução forçada inerentes à função jurisdicional. A decisão do TCU constitui título executivo e sua execução cabe exclusivamente ao Judiciário, mediante demanda da Procuradoria-geral. Em linha com isso, medidas cautelares para assegurar a futura liquidação de débitos, a exemplo do arresto de bens, apenas podem ser adotadas pelo Poder Judiciário.

Considerando não serem os particulares contratados pela administração sujeitos ao controle pelo TCU, a responsabilidade solidária passiva que lhes é atribuída quando co-

---

administrativo. A mais relevante para o estudo do presente tema é a da regra geral trazida no 942 do Código Civil, pois atingirá o particular contratado toda vez que constatada sua co-participação da perpetração de prejuízo ao erário público no curso na execução contratual.

<sup>137</sup> No Acórdão 11.289/2021, de relatoria do Min. Vital do Rêgo, Primeira Câmara, o TCU entendeu que a regra prevista no art. 28 da LINDB, que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade por dano ao erário. Segundo a decisão, “o dever de indenizar prejuízo aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, §6º, da Constituição Federal)”.

<sup>138</sup> Tema de grande controvérsia na literatura jurídica brasileira e jurisprudência é a prescrição da pretensão de ressarcimento de dano ao erário fundada em decisão dos Tribunais de Contas. O STF enfrentou a questão no Tema 899 da Repercussão Geral, quando afirmou não ser aplicável a exceção reconhecida no Tema 897, sendo aquela, em qualquer caso, prescritível no prazo de cinco anos, na forma da Lei 6.830/1980, Lei de Execução Fiscal (STF. RE 636886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20 de abril de 2020, DJe 157, publicado em 24 de junho de 2020). A problemática parecia ter sido resolvida. Contudo, em julgamento de embargos de declaração opostos pela União Federal em face do acórdão que deu origem ao Tema 899, o STJ, por maioria dos votos, rejeitou os embargos sob a justificativa de que não haveria obscuridade ou omissão na decisão embargada porque “Nenhuma consideração houve acerca do prazo para a constituição do título executivo, até porque esse não era objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior a formação do título” (Em. Decla. no Recurso Extraordinário 636.886-AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 2021, DJe 177, publicado em 08 de setembro de 2021). Com esta decisão, a discussão sobre o prazo de prescrição para a fase anterior à constituição do título reviveu.

partícipes da perpetração do dano é certamente a maior fonte de indução do comportamento dos privados na execução dos contratos. Trata-se, por isso, talvez da mais relevante consequência do controle dos contratos administrativos aos olhos dos contratados.



## 6 LIMITES DO CONTROLE DOS CONTRATOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU não é revisor geral dos contratos administrativos celebrados pelos entes da Administração Pública Federal. O controle que realiza sobre os contratos sofre limites.

O presente Capítulo é dedicado ao estudo desses limites. O tema pode ser explorado sob diferentes perspectivas. A primeira delas tem como base os limites extraídos diretamente da competência atribuída ao TCU pelo texto constitucional. Não seria errado dizer que todos os limites impostos ao controle exercido pelo TCU decorrem de sua competência.

Enquanto meio para o cumprimento de deveres fixados em lei, a competência é, ao mesmo tempo, fonte de poder e dos limites da atuação daquele a quem é atribuída. Dito de outro modo, os órgãos e entes do Estado apenas podem atuar na exata medida da competência que lhes foi outorgada implícita ou explicitamente pela lei.

Sob tal perspectiva, basta recorrer ao conteúdo do tópico 2.2 do Capítulo 2 deste trabalho para identificar fronteiras ao controle dos contratos administrativos pelo TCU. Todos os elementos contratuais alheios ao *objeto, parâmetros, produtos e pessoas sujeitas ao controle* delimitados no referido tópico estarão fora do alcance da Corte de Contas. Um exemplo auxilia na compreensão

Foi visto, no tópico 2.2.1 do presente estudo, que o objeto do controle exercido pelo TCU consiste em parcela delimitada dos *atos, fatos e procedimentos* da administração pública direta e indireta sob o recorte contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. A delimitação também deve ser aplicada ao controle dos contratos administrativos.

Suponha-se, então, que determinado ente da Administração Pública Federal contrate serviços de limpeza em hospitais da rede pública. A execução do objeto contratual deve obedecer inclusive a todas as normas sanitárias incidentes sobre a atividades.

Conquanto competir ao TCU fiscalizar o contrato, o atendimento ou não pelas atividades às normas sanitárias, ainda que condição para o cumprimento das obrigações contratuais pelo contratado, não são passíveis de fiscalização pelo TCU. Caso a Corte venha a conhecer qualquer irregularidade a esse respeito, caber-lhe-á tão somente representar perante as autoridades sanitárias competentes.

O mesmo exercício pode ser feito em relação aos *parâmetros, produtos e pessoas sujeitas ao controle* do TCU, a fim de se extrair de sua competência os limites à fiscalização que exerce sobre os contratos administrativo. O tema, portanto, não inova na matéria estudada no Capítulo 2 do presente trabalho.

Sob perspectiva distinta, contudo, é possível identificar outras fontes, que podem inibir não o controle em si, mas a emissão ou o cumprimento das deliberações do TCU de intervenção em contrato em curso, funcionando, deste modo, como *limites indiretos* ao exercício da atividade.

O primeiro tópico deste Capítulo 6 tratará da impossibilidade de o TCU alterar ou invalidar, por mão própria, os contratos administrativos. Apesar de o tema estar entrelaçado com os limites extraídos da competência do TCU acima mencionados, vai além do conteúdo exposto do Capítulo 2, merecendo análise específica.

O segundo tópico adiante é dedicado à identificação de princípios e normas que, indiretamente, limitam a atuação do TCU no contexto dos contratos administrativos e à maneira como inibem a atividade.

Adverte-se, de antemão, que o Capítulo não esgotará a matéria. É possível identificar fronteiras ao controle dos contratos administrativos pelo TCU em amplo rol de princípios e direitos de terceiros. Nesta última etapa do trabalho, serão estudadas as mais relevantes.

## **6.1 Impossibilidade de modificação ou extinção de contratos administrativos diretamente pelo Tribunal de Contas da União**

Ao fiscalizar contratos administrativos ou licitações em curso, o TCU pode expedir *determinações* ou *recomendações* para a alteração de suas cláusulas, forma de execução ou até extinção da relação contratual. Essas espécies de deliberações do Tribunal foram estudadas no Capítulo 5 anterior, que tratou das *consequências* do controle.

Elas se distinguem, como é possível intuir de suas denominações, pela força cogente atribuída ou não a cada. O fato está diretamente relacionado ao parâmetro de controle a partir do qual são emitidas: as determinações são produtos de análise feita sob o parâmetro da legalidade, a merecer manifestação mais enérgica por parte do TCU, enquanto as recomendações são expedidas a partir da análise de economicidade e legitimidade.

Interessam nesse ponto do estudo especialmente as determinações, por representarem uma das formas mais interventivas da atuação do TCU, a fim de demonstrar que mesmo elas não produzem diretamente alterações ou a extinção dos contratos administrativos<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> O fato de as determinações expedidas pelo TCU não serem aptas a produzir sozinhas alterações contratuais foi levantado no tópico 5.2.1, mas merece aprofundamento para fins da definição dos limites do controle que exercer sobre os contratos administrativos.

As determinações são produtos da competência específica do TCU delimitada no art. 71, IX, da Constituição Federal. O dispositivo outorga poderes para a Corte: “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Da leitura se percebe claramente que as determinações são direcionadas à administração pública a quem caberá adotar as providências no prazo assinalado. O dispositivo não atribui ao TCU poderes para, ele mesmo, corrigir a ilegalidade identificada.

Como visto no Capítulo anterior, o artigo não deixa claro se o TCU poderia definir quais providências deveriam ser adotadas pela administração para correção da ilegalidade ou se caberia ao controlador apenas apontar a ilegalidade e fixar prazo para que a administração pública a elimine. Seja qual for a resposta, não há dúvidas de que as determinações não são, por si só, hábeis a gerar alterações em contratos administrativos.

Note, também, que a competência definida no art. 71, IX, da Constituição Federal não inclui a possibilidade de o TCU invalidar diretamente o ato ou contrato em que foi verificada a ilegalidade. O poder de anular atos praticados pela administração pública cabe apenas ao Judiciário ou à própria administração, no exercício de autotutela.

Controlador e controlado não se confundem, nem o primeiro pode pretender substituir o último. O fato de o TCU verificar ilegalidade em um contrato não lhe confere poderes para saná-la diretamente, seja através da declaração de sua nulidade ou modificação. A Corte de Contas não integra a relação contratual.

A correção da ilegalidade apontada pelo TCU sempre dependerá de uma atitude da administração pública. Existirá sempre possibilidade, no plano prático, de ela não cumprir com a determinação, hipótese em que o agente público responsável se sujeitará ao risco de aplicação das penalidades previstas na LOTCU<sup>140</sup>. Como as decisões do TCU não fazem coisa julgada, caso discorde da avaliação do controlador, a administração poderá, no limite, submeter sua deliberação ao Judiciário.

O exposto confirma o fato de o TCU não ter competência para modificar ou extinguir as relações contratuais, ainda que sob o fundamento da existência de ilegalidade. Não é possível à Corte de Contas transpor esse limite e, por mão própria, modificar, rescindir ou invalidar contratos administrativos.

---

<sup>140</sup> O risco de punição não advém propriamente do descumprimento de determinação do TCU. Como defendido previamente, não há base constitucional para se punir a ausência de cumprimento de determinações do TCU. O risco advém da própria ilegalidade cometida e mantida mesmo após a constatação pelo controlador. Rigorosamente, assim, a decisão pelo não atendimento da determinação apenas majora um risco já existente de penalização, haja vista ser pressuposto da expedição de determinação a constatação de ilegalidade.

## 6.2 Limites indiretos ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os contratos administrativos

Como visto no tópico 6.1 anterior, a administração pública é quem altera, extingue ou declara a nulidade de contrato administrativo ao atender determinação do TCU para sanar ilegalidade. Dito isto, não há porque cogitar na hipótese afastar-se os limites previstos em lei às alterações unilaterais pela administração pública nos contratos administrativos. Do mesmo modo, a invalidação de contratos com base em deliberação do TCU deve obedecer ao regime geral das nulidades dos contratos administrativos e consequências de sua pronúncia pela administração.

Na prática, todavia, é comum agentes públicos promoverem alterações na forma de execução de contratos, em suas cláusulas ou até mesmo os extinguirem na intenção de atender determinações do TCU, sem observarem os limites e as consequências da iniciativa. As deliberações do TCU são compreendidas como espécie de *permissão* para impor ao contratado alterações na relação contratual.

São exemplos corriqueiros disso a exigência de garantias contratuais adicionais, a alteração da forma de execução de serviços ou de pagamento da remuneração do contratado, a substituição de índices de reajustes de preços e a suspensão temporária do contrato por parte da administração em prol de conformar o contrato com o entendimento ou deliberação do TCU.

O fato de ter o TCU apontado a existência de ilegalidade no contrato não consiste em *salvo conduto* para se proceder com qualquer espécie de alteração contratual. Há limites a serem observados e consequências avaliadas na tomada de decisão da administração pública de modificar ou extinguir seus contratos em curso.

Por essa razão, optou-se por qualificar referidos limites e consequências como *limites indiretos* ao controle do TCU sobre os contratos administrativos. Conquanto o mais importante para o tema em estudo seja compreender que não são afastados pelo fato de a alteração ou invalidação ser realizada com o propósito de adequar o contrato à deliberação do TCU, não devem deixar de ser examinados nesta etapa do trabalho.

Por sofrer influxos de variados temas da disciplina do Direito Administrativo, não é tarefa simples sistematizar o estudo dos referidos *limites indiretos*. Propõe-se, adiante, tratá-los à luz: (a) dos limites às alterações unilaterais aos contratos administrativos pela administração; (d) do regime das nulidades dos contratos administrativos e consequências de sua pronúncia pela administração pública.

As alterações dos contratos administrativos obedecem a regime distinto do aplicável aos contratos privados. A literatura jurídica brasileira desenvolveu teoria própria para a mutabilidade dos contratos administrativos inspirada na doutrina francesa<sup>141</sup>. Convencionou-se que a presença do interesse público nestas relações justificaria a atribuição de poderes exorbitantes à administração pública.

Não há dúvidas de que o princípio do *pacta sunt servanda* ou, em dizeres mais simples, a obrigatoriedade de cumprimento dos contratos, é abrandado no âmbito das contratações administrativas, tendo a administração pública a prerrogativa de alterá-las ou rescindi-las por interesse público. Entretanto, a prerrogativa sofre limites e a rescisão contratual não fica imune a consequências.

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, atualmente Lei 14.133/2021, traz capítulo específico que trata das prerrogativas da administração, dentre elas, a de modificar os contratos, “para melhor atendimento ao interesse público, respeitados os direitos do contratado” e “extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta lei”. Vê-se que o próprio dispositivo que atribui prerrogativas excepcionais à administração pública nas relações contratuais anuncia a existência de limites.

São duas as hipóteses em que a administração pode modificar o contrato unilateralmente: (a) quando houver a modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica e dos seus objetivos; e (b) quando for necessária a modificação contratual em decorrência de acréscimos ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites fixados na própria Lei nº 14.133/2021, notadamente em seus arts. 125, 126 e 129. Em qualquer dos casos, a alteração não poderá transfigurar o objeto da contratação (art.126) e sua equação econômico-financeira deverá ser preservada.

Perceba que a administração não poderá realizar a alteração contratual sem a concordância do contratado em todas as demais situações, nas quais o contratado estará protegido pelo *pacta sunt servanda*. A modificação realizada visando corrigir irregularidade ou ilegalidade apontada pelo TCU não foi excetuada da regra. O contratado não está obrigado a aceitar modificações contratuais fora daquelas hipóteses previstas no art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021 mesmo quando sua efetivação vise atender à deliberação do TCU. E, caso venha a aceitá-las, terá sempre o direito à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste, por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

---

<sup>141</sup> FERRAZ, *Op. cit.* p. 198

Ainda que a alteração contratual por determinação do TCU seja entendida como álea extraordinária, o que se menciona apenas para fins didáticos, segundo a clássica classificação desenvolvida pela doutrina, tratar-se-ia de fato da administração, cujas repercussões econômico-financeiras devem ser absorvidas pelo ente da administração contratante. Aliás, no direito brasileiro convergiu-se para o sentido de que o contratado terá sempre o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato na ocorrência de álea extraordinária, seja ela administrativa ou econômica. É essa a interpretação dada ao art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Solução diversa poderia ser implementada na matriz de riscos do contrato, mediante a repartição dos riscos de forma distinta daquela regra geral. Contudo, não seria possível alocar-se para o contrato o risco de alterações no contrato determinadas pelos órgãos de controle externo com a finalidade de sanar ilegalidades. Assim, toda vez que a alteração – realizada para atendimento à deliberação do TCU – impactar na equação econômico-financeira do contrato, deve ser acompanhada de ajuste apto a produzir o seu reequilíbrio.

A título de exemplo, suponha que o TCU, ao fiscalizar contrato em curso, verifique que as garantias contratuais exigidas no edital da licitação são aquém daquelas definidas em lei e insuficientes para conferir segurança à execução contratual e determine que a administração corrija a falha, mediante a exigência de garantia complementar. Na implementação da deliberação do controlador, há de se considerar que o contratado não está obrigado a aceitar a ampliação de suas obrigações contratuais, para fins de incluir a apresentação da garantia adicional. Por sua vez, caso o contratado venha a aceitar a modificação, deve ser levado em conta que terá como consequência o dever da administração de reestabelecer a equação econômico-financeira do contrato, no propósito de contrabalancear o ônus assumido pelo contratado em razão da alteração.

Da mesma forma, a administração não pode, sem que o contratado concorde, pagar preço inferior ao definido no contrato ou alterar a forma ou cronograma de seu pagamento, vinculando-o à conclusão de eventos não previstos originalmente no contrato, sob a justificativa de que o TCU deliberou serem necessárias as alterações para conformar o contrato ao parâmetro da economicidade. Caso as alterações sejam implementadas sem a aquiescência do contratado e, conseqüentemente, a celebração do competente aditivo, restará configurado descumprimento contratual por parte da administração pública, ficando esta sujeita às conseqüências da inadimplência previstas no instrumento e na lei.

O cenário acima traz em si problemática a ser enfrentada toda vez que o TCU determinar a correção de ilegalidade verificada em contrato em curso, cuja realização demande sua

modificação, mas não se enquadre nas hipóteses trazidas no art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021. Não havendo concordância do contratado, o contrato deve ser mantido mesmo com a ilegalidade apontada pelo TCU ou ser extinto? Se a decisão for pela extinção, quais serão as consequências?

A resposta exige o retorno à temática antes levantada: as nulidades contratuais e consequências de sua pronúncia pela administração. Como ponto inicial, deve ser dito que a extinção de contrato administrativo pela administração, em razão de ilegalidade verificada no ajuste, tenha ou não sua correção sido determinada pelo TCU, consiste em autotutela.

O exercício da autotutela no âmbito dos contratos administrativos recebeu regramento específico pela Lei nº 14.133/2021. O art. 147 da norma estabelece uma série de aspectos a serem considerados na decisão de declaração de nulidade de contrato, que, em termos práticos, funcionam como limites à sua efetivação. O maior deles sem dúvida é o interesse público, pois, segundo o dispositivo, apenas se pronunciará a nulidade do contrato quando a medida se revelar de interesse público, impedindo que ocorra em qualquer outro caso.

O §2º do art. 148 possibilita à administração modular os efeitos da anulação para que apenas ocorram “em momento futuro”, após prazo suficiente à conclusão de nova licitação, a evitar a solução de continuidade do fornecimento contratado. O art. 149 diz que a nulidade “não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como outros prejuízos regulamentemente comprovados, desde que lhe seja imputável”.

Assim, caso a administração decida por declarar a nulidade de contrato, em razão de ilegalidade para a qual o contratado não concorreu, deverá indenizá-lo pelos prejuízos decorrentes da extinção antecipada do ajuste, ainda que a medida se dê em atendimento à deliberação do TCU. O fato de a ilegalidade ter sido apurada pela Corte de Contas, ou mesmo a declaração de nulidade do contrato por esta determinada, não exonerará a administração de indenizar as eventuais perdas do seu contratado.

Caso, contudo, a ilegalidade lhe seja imputável, o contratado não terá direito à indenização, mas apenas à remuneração ajustada em contrapartida às parcelas do objeto contratual executadas até o momento da declaração de nulidade ou no qual venha a ser definido o início de seus efeitos.

Todo o panorama acima deve ser considerado pela administração ao decidir modificar contrato administrativo em curso ou declarar sua nulidade com vistas ao atendimento à determinação do TCU. A ideia de que, ao realizar alterações nos contratos ou sua extinção com fundamento na análise e deliberação do controlador, a administração pública estaria liberada

dos limites e consequências antes apresentados não é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, funcionando eles, de maneira indireta, como inibidores ao exercício do controle pelo TCU.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou proporcionar uma visão ampla sobre o controle dos contratos administrativos exercido pelo TCU, mediante a exposição e análise crítica de seus principais aspectos jurídicos e a resposta aos questionamentos que se colocam no estudo do tema. Como resultado, não há propriamente uma conclusão final, única, perfilhada a partir das sucessivas etapas da análise, mas, sim, um rol de inferências, que, embora entrelaçadas, não têm hierarquia entre si.

As *considerações finais* aqui apresentadas resumem os temas percorridos no desenvolvimento do trabalho, expondo, em conjunto, as informações de maior relevância e conclusões do estudo.

O trabalho foi dividido em duas partes. A primeira dedicada à compreensão da atividade de controle externo da função administrativa desempenhada pelo TCU, de onde se extraiu as premissas essenciais ao exame o tema central abordado.

Viu-se, de início, que o Estado brasileiro adotou o modelo tripartite de distribuição das funções públicas, sendo elas a legislativa, a jurisdicional e a administrativa. A delimitação de cada uma delas decorre de construção política, cujos resultados foram positivados na Constituição Federal.

A função administrativa é a função do Estado, exercida preponderantemente pelos órgãos e agentes do Poder Executivo, mediante da prática de atos no sentido amplo com o objetivo de promover o bem comum da sociedade, não aptos a criar normas gerais e abstratas ou coisa julgada.

Não há se deve confundir o Poder, que emana diretamente do povo e é a essência da própria existência do Estado, com as três estruturas orgânicas através das quais o Estado exerce suas funções, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo; assim como não deve ser tal Poder confundido com os poderes conferidos a cada um desses blocos orgânicos para consecução de seus deveres, as competências.

O controle consiste em competência e não função pública e como tal apenas pode ser exercido para a consecução dos deveres e dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Tal competência tem papel instrumental na consecução da função administrativa do Estado brasileiro. As atividades do controlador não substituem a do administrador.

O termo controle traz a ideia de verificação, exame, confirmação, fiscalização, averiguação de algo frente a normas, regras, parâmetros pré-estabelecidos, registrados, escritos;

de contraposição, de contraste de algo com determinados padrões escritos. Não existe controle sem parâmetros pré-definidos ou sob livre juízo do controlador.

O controle da função administrativa é a competência atribuída pela Constituição Federal a determinado órgão ou sujeito de realizar a contraposição dos atos e condutas praticados no exercício daquela com parâmetros formalmente pré-estabelecidos, para o fim de conformar o objeto do controle com estes, podendo o controlador para tanto se valer dos poderes próprios da competência atribuída.

O conteúdo do controle da função administrativa pode variar de acordo com as bases teóricas nas quais a sociedade alicerça o Estado, projetadas na ideia de bem comum adotada. A fonte para identificar-se os objetivos do Estado e, conseqüentemente, o conteúdo do controle da função administrativa é a Carta Maior embora se reconheça não haver completude na norma.

O texto constitucional deixou claro sua escolha política de inserir os Tribunais de Contas na estrutura orgânica dos Poderes Legislativos de cada esfera da Federação, atribuindo-lhes o papel de auxiliar, conforme o caso, o Congresso Nacional, Assembleias Legislativas ou Câmaras dos Vereadores na realização do controle externo da função administrativa, especificamente sob o aspecto contábil, financeiro, patrimonial e orçamentário.

A Constituição Federal garantiu autonomia à Corte de Contas para se organizar internamente e decisória. Os papéis e a forma como o TCU e o Congresso Nacional se relacionam no exercício do controle externo foram definidos no art. 71 da Constituição Federal.

O estudo da competência do TCU pode ser feito a partir dos seguintes elementos: objeto, parâmetros, produtos e sujeitos passíveis do controle. Trata-se de método apto a proporcionar uma visão ampla e melhor compreensão do papel reservado à Corte de Contas pela Constituição Federal brasileira.

O objeto do controle exercido pelo TCU consiste nos fatos, atos e procedimentos ocorridos ou praticados no exercício da função administrativa em âmbito federal e pertinentes à seara contábil, financeira, orçamentária e patrimonial. O art. 70 da Carta Maior deixa claro não se tratar de controle irrestrito, apto a dizer se a função administrativa está sendo exercida de maneira correta ou não de forma ampla e geral.

O controle pode recair sobre um ou conjunto de atos (empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo), através dos quais a administração opera, podendo, neste último caso, adotar a forma de fiscalização operacional. Em qualquer hipótese, ele está restrito ao recorte contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial do exercício da função administrativa.

Os parâmetros do controle são legalidade, legitimidade e economicidade, conforme se extrai do *caput* do art. 70 da Constituição Federal. Embora eficiência, eficácia e efetividade sejam comumente mencionadas nas auditorias operacionais empreendidas pelo TCU, os parâmetros fogem à delimitação trazida na norma constitucional.

Não obstante, a análise da eficiência pode ser trabalhada dentro do parâmetro da legalidade, considerando ser ela valor jurídico expressamente previsto no art. 37 da Constituição. Dois erros, contudo, não devem ser cometidos quanto ao ponto: (a) confundir a análise de eficiência com a das escolhas políticas do Executivo; e (b) ampliar o exame da eficiência para além do objeto do controle exercido pelo TCU, especificamente a fatos, atos e procedimentos não relacionados aos aspectos orçamentários, patrimoniais, financeiros e contábeis do agir da administração pública.

Não há consenso no discurso jurídico brasileiro sobre o conteúdo dos três parâmetros do controle exercido pelo TCU. O art. 70 da Constituição Federal não definiu um sentido específico de legalidade a ser utilizado na tarefa do controle ou distinguiu-a da legalidade prevista no art. 37 da Carta Maior. A noção tradicional de legalidade restrita à averiguação do ato frente às prescrições das leis em sentido formal foi ultrapassada, devendo ser compreendida a partir da ideia de juridicidade.

O controle de legitimidade consiste em avaliar se o ato praticado é tendente à consecução da finalidade pública almejada pela norma. Não implica na transferência ao controlador do juízo oportunidade e conveniência próprio do Executivo. O exame não deve ser feito apenas no plano abstrato ou de acordo com a interpretação do controlador sobre as normas constitucionais, mas, sim, perante o caso concreto.

O parâmetro da economicidade não trabalha com uma análise propriamente jurídica. A avaliação é econômica e não deve ser confundida com a da eficiência. A economicidade está associada à equação custo-benefício na realização dos gastos públicos.

A sujeição à fiscalização do TCU está diretamente relacionada à função e responsabilidade exercidas. Integram o rol das pessoas sujeitas ao controle pela Corte de Contas os entes, órgãos e agentes públicos do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo que exerçam função administrativa, e também as pessoas físicas ou jurídica que desempenhem quaisquer das atribuições tratadas no art. 70, parágrafo único, da Carta Maior. Os particulares contratados pela administração não estão sujeitos ao controle pelo TCU embora sofram efeitos concretos de sua fiscalização.

Por fim, foram identificados como produtos da fiscalização exercida pelo TCU o levantamento dados e informações, a aplicação de sanções, a expedição de atos mandamentais, normas e orientações, a imputação de débito e a representação a outros órgãos do Estado.

O tema acima encerrou a primeira parte do trabalho. A segunda tratou do tema central estudado, o controle dos contratos administrativos pelo TCU, e enfrentou os seguintes questionamentos: de que forma o controle dos contratos pelo TCU é concretizado? Em que momento pode ocorrer e a quem cabe a iniciativa? Quais seus parâmetros, os critérios utilizados para seleção dos contratos fiscalizados, possíveis consequências e limites?

A forma como o controle dos contratos administrativos pelo TCU é concretizada foi estudada a partir do exame dos instrumentos utilizados pela Corte na realização da atividade. São eles os processos ou procedimentos relacionados à fiscalização, ao julgamento de contas e à resposta a consultas.

A competência para realizar fiscalizações foi atribuída ao TCU pelos incisos IV, V, VI do art. 71 da Constituição Federal. Elas têm como objetivo *levantar, investigar e produzir* informações com vistas a assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento de contas (art. 41 da LOTCU) e seu objeto pode ser, e comumente é, um contrato administrativo ou conjunto de contratos, o qual terá sua legalidade, economicidade e legitimidade analisada no curso do processo.

O RITCU definiu que as fiscalizações podem ocorrer sob a forma de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos, tendo cada qual objetivo específico. São todos estes espécies do gênero fiscalização.

Por sua relevância, a fiscalização dos contratos administrativos recebeu regramento próprio na LOTCU e RTCU, onde foram definidas a maneira como deve ser realizada e as providências passíveis de adoção em seu curso.

O julgamento de contas também consiste em instrumento utilizado no controle dos contratos administrativos pelo TCU. O objetivo dessas espécies de processos não consiste propriamente na análise de contratos administrativos, e sim das contas da administração, gestores e responsáveis, as quais devem incluir todos os recursos, orçamentário, e extra-orçamentários, geridos ou não pela unidade ou entidade, conforme parágrafo único do art. 7º da LOTCU, recursos esses que comumente são destinados a remunerar os contratados da administração.

As contas dos administradores e responsáveis são submetidas a julgamento pelo TCU mediante processos de *prestação* ou *tomada* de contas. O primeiro consiste em instrumento de gestão pública mediante o qual os administradores e, quando apropriado, os responsáveis pela

governança e pelos atos de gestão de órgão, entidades ou fundos dos poderes da União apresentam e divulgam informações e análises quantitativas e qualitativas dos resultados da gestão orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do exercício. O segundo é instrumento através do qual o TCU apura a ocorrência de indícios de irregularidades ou conjunto de irregularidades materialmente relevantes ou que apresentem risco de impacto relevante na gestão, que não envolva débito, com a finalidade de apurar e promover a responsabilização de administradores e responsáveis.

O julgamento das contas pode ocorrer também no bojo de processo de *tomada de contas especial*, que deve ser instaurada no caso de verificada omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário.

Também pode ser entendido como instrumento de controle dos contratos administrativos o expediente de resposta à consulta previsto no inciso XVII do art. 1º da LOTCU, utilizado para dirimir dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matérias de competência do TCU. O art. 2º da LOTCU buscou atribuir caráter normativo às respostas a consultas, contudo, não há base constitucional para tanto.

A única expressão do poder regulamentar atribuída ao TCU diz respeito ao regramento de sua organização interna, o que é feito mediante instruções normativas, que têm caráter geral e abstrato, mas objeto limitado a tais temáticas.

A resposta à consulta tem importante papel, mas, em rigor, não representam nada além de uma espécie de pré-julgamento sobre as matérias de competência do TCU, ao qual ele próprio fica vinculado em suas futuras deliberações. Elas não gozam de força normativa embora induzam o comportamento das partes dos contratos administrativos.

A iniciativa do controle exercido pelo TCU sobre os contratos pode ser definida a partir de cada um dos instrumentos acima indicados. As fiscalizações podem ser iniciadas pelo próprio TCU e, também, por provocação do Congresso Nacional, por denúncia de cidadão, partido político ou associação ou mediante representação dos ocupantes de cargo público em cujo exercício tenha conhecimento de irregularidade.

A iniciativa de instauração dos processos de julgamento de contas pode seguir dois fluxos distintos. Quando o julgamento é realizado no bojo de processo de *prestação de contas* a iniciativa cabe aos próprios administradores e responsáveis obrigados a apresentá-las. Nos

casos dos processos de *tomadas de contas* ou tomada de contas especial, a iniciativa cabe aos mesmos legitimados a provocar fiscalizações, conforme acima.

Por sua vez, são legitimados a fazer consultas o TCU apenas as seguintes autoridades (i) Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; (ii) Procurador-Geral da República; (iii) Advogado-Geral da União; (iv) presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; (v) presidentes de tribunais superiores; (vi) ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; e (vii) comandantes das Forças Armadas. A definição foi feita pelo art. 264 do RITCU.

O controle dos contratos administrativos pode ocorrer prévia (após a publicação do edital da licitação e antes da celebração do contrato), concomitante ou posteriormente à execução do ajuste. As normativas internas do TCU que preveem sua atuação antes da publicação do edital, por exemplo, na modelagem de contratos de concessão pública, como é o caso da Instrução Normativa nº. 81/2018, são incompatíveis com a dinâmica do controle externo previsto no texto da Constituição e, ainda, embaralham indevidamente as atribuições dos administradores públicos e controlador.

Os parâmetros para a análise da conformidade dos contratos administrativos pelo TCU são os mesmos da atividade de controle em geral, vistos na primeira parte do trabalho, notadamente: legalidade, economicidade e legitimidade. Não há parâmetros próprios, diferentes dos gerais, aplicáveis pelo TCU apenas no controle dos contratos administrativos.

A seleção dos contratos administrativos que serão objeto de fiscalização pelo TCU não ocorre de forma livre. Ela obedece a critérios específicos previstos em normativa interna da Corte e, mais recentemente, no art. 170 da Lei nº 14.133/2021. Sua definição consiste em medida de gestão pública adotada a partir do reconhecimento de que não seria possível ou eficiente os Tribunais de Contas realizarem a fiscalização de todos os contratos administrativos. Os critérios são: oportunidade, materialidade, relevância e risco.

Estudados a iniciativa, o momento, os parâmetros e critérios do controle dos contratos administrativo pelo TCU, o trabalho caminhou para a análise das potenciais consequências da atividade, iniciando pela identificação dos sujeitos sobre os quais podem recair. O foco foram as consequências que importam restrição ou constituição de direitos ou deveres ou que produzem efeitos concretos sobre os contratos objeto do controle ou sujeitos envolvidos na relação contratual.

O ente contratante, o gestor público ordenador de despesas, o fiscal do contrato e o particular contratado podem sofrer consequências concretas da fiscalização dos contratos pelo

TCU, apesar de o último não estar sujeito ao seu controle, como visto acima. O particular contratado pela administração não utiliza, arrecada, guarda ou administra verbas públicas, portanto, não submete contas a julgamento pelo TCU. A competência tratada no inciso II do art. 71 da Carta Maior não o abrange.

Quatro foram as consequências identificadas e estudadas: a expedição de determinações, a emissão de recomendações; a sustação de contrato; a aplicação de penalidades aos agentes públicos; e a imputação de débito.

A expedição de determinações tem fundamento na competência do TCU prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Essas consistem em deliberações mandamentais hábeis a impor a terceiros a adoção de providências concretas com vistas a restaurar a legalidade.

O destinatário da determinação será sempre o órgão ou entidade da administração pública contratante e nunca o gestor público responsável ou particular contratado. O parâmetro apto a motivá-las é o da legalidade. A Constituição Federal não conferiu poder ao TCU para emitir atos mandamentais para a correção de ato ou contrato ilegítimo ou antieconômico.

Caso o ente da administração pública destinatário da determinação discorde da avaliação do TCU - e o gestor não queira ficar sujeito às potenciais consequências acima elencadas - a deliberação poderá ser submetida ao Judiciário, a quem cabe a última palavra sobre sua legalidade.

Inciso IX do art. 71 da Carta Maior não deixa claro se ao TCU competiria definir quais providências devem ser adotadas pela administração para corrigir a ilegalidade ou apenas apontá-la e fixar prazo para que administração pública a elimine. Especialmente no ambiente das contratações administrativas, a decisão quanto à providência a ser adotada para sanar a ilegalidade apontada pelo TCU, muitas vezes, tem conteúdo político, por demandar uma avaliação das consequências da medida, benefícios frente à finalidade pública almejado. O art. 147 da Lei nº. 14.1333/2021 reforçou a dimensão política da decisão de manutenção de contrato ilegal ou sua declaração de nulidade.

Nesse cenário, caso o TCU assinalar prazo para que a administração corrija ilegalidade em contrato, com base na competência definida no art. 71, IX, da Constituição, e antecipe na deliberação que a maneira adequada para se cumprir a ordem seria a declaração de nulidade do ajuste, a esta segunda parte da deliberação não deve ser conferida cogência. Por seu turno, a deliberação do TCU no sentido de que o contrato tenha sua execução mantida, mesmo que identificada ilegalidade, não gozará igualmente de força cogente.

A administração tem o ônus de dialogar com a recomendação do TCU e motivar sua eventual decisão por providência distinta da recomendada pelo controlador. Da mesma forma,

o TCU deve considerar a manifestação da administração pública ao formular sua recomendação sobre a alternativa a ser seguida.

A segunda consequência estudada diz respeito às recomendações expedidas pelo TCU para a correção ou realização de melhorias nos contratos motivadas pela contraposição do ajuste com os parâmetros da economicidade e legitimidade. A possibilidade de emissão de recomendações pelo TCU não foi prevista no texto constitucional, está implícita no dever do TCU de fiscalizar a função administrativa segundo tais parâmetros, no âmbito contábil, orçamentário, financeiro e patrimonial.

Conforme sugere o próprio nome, as recomendações não têm força cogente. Apenas é possível a expedição de atos mandamentais pelo TCU no propósito de corrigir ilegalidades, sob a forma de determinações.

A terceira consequência analisada consiste na sustação de contratos em curso. Dentre todas talvez seja a que mais divide opiniões dos autores brasileiros.

Viu-se que, ao menos em princípio, o TCU não tem competência para sustar contratos administrativo em que verifique ilegalidade. A ação a ser adotada no caso é a comunicação ao Congresso Nacional, a quem cabe avaliar a pertinência ou não da medida, dado o conteúdo político da decisão. O problema se coloca nos casos em que, embora provocado pelo TCU, o Congresso Nacional fique inerte ou, recomendadas pelo Congresso a adoção de medidas para sanear o contrato, o Executivo nada faça e o Congresso fique inerte.

Apenas nessa hipótese, a decisão quanto à sustação será transferida ao TCU. É o que se extrai da parte final do § 2º do art. 71 da Constituição. Lidos em conjunto os §§ 1º e 2º do art. 71 não se enxerga espaço para compreensão distinta, ainda que se reconheça não ser o TCU o órgão mais apto para decidir sobre a sustação dos contratos, por demandar, não raras vezes, uma análise política.

A sustação de contrato pelo controlador é medida excepcionalíssima, que apenas pode ocorrer na hipótese acima; uma exceção à regra de que o TCU não deve substituir o Congresso Nacional ou Executivo em suas decisões políticas.

Não se deve confundir a competência específica do TCU para sustar contratos trazida pelo § 2º do art. 71 da Constituição Federal com o poder geral de cautela que vem sendo atribuído à Corte pela jurisprudência brasileira e tem embasado ordens cautelares diversas, tanto de natureza satisfativa (para prevenir lesão ao erário) como puramente cautelar (garantir a efetividade de seus processos), com efeitos imediatos e concretos sobre as relações contratuais.

Em relação aos contratos, a Constituição Federal foi específica ao atribuir poder cautelar tão somente na hipótese trazida pelo o § 2º do art. 71 da Carta Maior, o que não se observa em

relação aos atos administrativos, que, eles sim, podem ser sustados diretamente pelo TCU toda vez que não atendida a determinação para correção da ilegalidade (art. 71, X, CF). Não há respaldo constitucional que suporte o alegado poder geral de cautela do TCU.

A quarta consequência estudada compreende a aplicação de penalidades aos agentes públicos responsáveis pelo contrato. Ela tem como base o inciso VIII do art. 71 Constituição Federal e apenas pode advir no caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas.

A Constituição delegou ao legislador ordinário a definição das penas aplicáveis pelo TCU. São elas: a aplicação de multa em valor fixo, a aplicação de multa em valor de até cem por cento do valor do dano ocasionado ao erário e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública pelo prazo de cinco a oito anos.

A LOTCU extrapolou o comando constitucional ao tipificar nos incisos III a VII do seu art. 58 condutas não consistentes em ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas. O art. 46 da LOTCU, por sua vez, estabeleceu a aplicação da pena de declaração de inidoneidade para participar em licitações e contratar com a administração pública à pessoa não sujeita ao controle pelo TCU. Ambas as disposições são, portanto, inconstitucionais.

A quinta e última consequência analisada consiste na imputação de débito. Seu fundamento está no §3º do art. 71 da Constituição Federal. Não é correto inserir a imputação de débito dentre as sanções passíveis de aplicação pela Corte. Ela tem natureza reparatória. A constatação traz uma série de reflexos. A principal delas é a incidência das regras de direito civil próprias da responsabilidade civil, inseridas no Título IX do Código Civil Brasileiro.

A incidência das normas de direito civil explica o porquê os particulares contratados pela administração pública, mesmo não sujeitos ao controle pela Corte de Contas, podem vir a ser cobrados dos débitos. O fundamento está no instituto da solidariedade passiva no âmbito da responsabilidade civil prevista no art. 264 do Código Civil.

Não é qualquer dano sofrido pelo erário que pode originar a imputação de débito pelo TCU. A imputação de débito concretiza competência específica da Corte de Contas prevista no §3º do art. 71 da Carta Maior e como tal deve ser compreendida à luz das atribuições que lhe foram conferidas pelo texto constitucional, restritas ao controle financeiro, orçamentário, contábil e patrimonial do exercício da função administrativa do Estado.

Após incursão em todos aos aspectos do controle dos contratos administrativos pelo TCU acima, o trabalho chega ao seu tema final: os limites aplicáveis à atividade. O TCU não é revisor geral dos contratos administrativos celebrados pelos entes da Administração Pública Federal. O controle que realiza sobre os contratos sofre limites.

Os primeiros limites que se colocam são extraídos da própria competência do TCU. Enquanto meio para o cumprimento de deveres fixados em lei, a competência é, ao mesmo tempo, fonte de poder e dos limites da atuação daquele a quem é atribuída. Dito de outro modo, os órgãos e entes do Estado apenas podem atuar na exata medida da competência que lhes foi outorgada implícita ou explicitamente pela lei.

Referidos limites são facilmente enxergados mediante a correta compreensão da competência do TCU. O exercício pode ser feito através da identificação do objeto, parâmetros, produtos e pessoas sujeitas ao controle exercido pelo TCU.

Outro importante limite a balizar a atividades estudada advém do fato de o TCU não poder promover, por mão própria, a modificação ou a extinção dos contratos administrativos.

A correção da ilegalidade apontada pelo TCU sempre dependerá de uma atitude da administração pública. O fato de a Corte verificar ilegalidade em um contrato não lhe confere poderes para saná-la diretamente, seja através da declaração de nulidade ou modificação do ajuste. O TCU não integra a relação contratual.

As disposições legais que tratam sobre alterações unilaterais dos contratos pela administração e o regime das nulidades ao qual estes obedecem também podem se revelar inibidores do controle exercido pelo TCU. Foram eles designados limites indiretos no estudo.

Nos termos da Lei nº 14.133/2021, são apenas duas as hipóteses em que a administração pode modificar o contrato unilateralmente: (a) quando houver a modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica e dos seus objetivos; e (b) quando for necessária a modificação contratual em decorrência de acréscimos ou diminuição quantitativa de seu objeto, respeitados os limites fixados nos seus art. 125, 126 e 129. Em qualquer dos casos a alteração não poderá transfigurar o objeto da contratação (art.126) e sua equação econômico-financeira deverá ser preservada.

A modificação realizada visando corrigir irregularidade ou ilegalidade apontada pelo TCU não foi excetuada da regra. O contratado não está obrigado aceitar modificações contratuais fora daquelas hipóteses previstas no art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021, mesmo quando sua efetivação vise atender à deliberação do TCU. E, caso venha a aceitá-las, terá sempre o direito à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste, por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Significa que toda vez que o TCU determine a correção de ilegalidade em contrato, cuja realização demande sua modificação, mas não se enquadre nas hipóteses trazidas no art. 124, I, da Lei nº 14.133/2021, o particular contratado não estará obrigado a aceitar a alteração. Diante da resistência do contratado, caberá à administração pública contratante decidir (e o TCU

recomendar) pela manutenção do contrato com a ilegalidade ou pronunciar sua nulidade, hipótese em que terá o dever de indenizá-lo pelos prejuízos decorrentes da extinção antecipada do ajuste, ainda que a medida ocorra em atendimento à deliberação do TCU.

O fato de a ilegalidade ter sido apurada pela Corte de Contas ou mesmo a declaração de nulidade do contrato ter sido por esta determinada, não exonerará a administração de indenizar as eventuais perdas do seu contratado.

A ideia de que, ao realizar alterações nos contratos ou sua extinção com fundamento na análise e deliberação do controlador, a administração pública estaria liberada dos limites e consequências pontuados acima não é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, funcionando eles, de maneira indireta, como inibidores ao exercício do controle pelo TCU.



## REFERÊNCIAS

ACIOLY, João Pedro. A competência subsidiária dos Tribunais de Contas para a sustação de contratos públicos antijurídicos. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 975, p. 101-132, janeiro 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle da administração pública e responsabilidade do estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Tratado de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 7.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Controle corretivo de contratos de obras públicas efetuado pelo TCU e pelo Congresso Nacional**: Marco jurídico e análise empírica de sua eficácia. Orientador Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Brasília, 2016.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 1986.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Tratado de direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 5.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª ed. rev. e atu. São Paulo: Renovar, 2014.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle?** Jota [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: [https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU\\_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle\\_JOTA.pdf](https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf). Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União**. 4ª ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual\\_auditoria\\_operacional\\_4\\_edicao.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf). Acesso em: 3 abr. 2021.

CÂMARA, Jacinho Arruda; NOHARA, Irene. Licitação e contratos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 7.

\_\_\_\_\_; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos tribunais de contas – Possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; HELLER, Gabriel. Reparação e sanção no controle de atos e contratos administrativos: as diferentes formas de responsabilização pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, nº 1, pág. 51-77, jan./abr. 2020.

CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

COSTA, Antônio França. **Controle de legitimidade do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil**. Orientador Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2015.

DALLAVERDE, Alexandra Katia. A atuação parlamentar no exercício do controle financeiro orçamentário. In: CONTI, Jose Maurício; SCAFF, Fernando Facury (orgs.) **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 30 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. **Interesse Público - IP**. Belo Horizonte, ano 15, nº 82, p. 15-48, nov./ dez. 2013.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura**. São Paulo: Editora Singular, 2020.

EFICIÊNCIA. In: **DICIO**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/eficiencia/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Luciano. Contratos na nova lei de licitações e contratos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 183-220.

\_\_\_\_\_; MOTTA, Fabrício. Controle das contratações públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 259-274.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 8ª ed. Curitiba: Positivo, 2019.

GIORDAN, Murilo. Controle das empresas semiestatais. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Fórum. 2017. p. 335-356.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Direito administrativo sancionador brasileiro: Breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidade. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

INTOSAI, 2019. **International Organization of Supreme Audit Institutions**. Disponível em: <https://www.intosai.org/>. Acesso em: 3 abr. 2021.

JACOBY, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitações não publicados: Controlador ou administrador? In: ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (coords.). **Tribunal de Contas da União no direto e na realidade**. São Paulo: Almedina, 2020.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coords.), **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1275-1296.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos e vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. Função controladora do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano 25, nº 99. *Revistas dos Tribunais*. p. 160-166, julho/setembro 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luiz Felipe Valerím (coords.). **Direito da infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 7-58.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Interferências entre poderes do Estado: Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 26, nº 103, p. 5-26, jul./set. 1989.

OBSERVATÓRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Relatório de Pesquisa**: Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LIND) pelo Tribunal de Contas da União. VILELLA, Mariana (coord.). Fundação Getúlio Vargas de Direito de São Paulo – FGV Direito SP, 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PELEGRINI, Márcia. **A competência sancionatória dos Tribunais de Contas**: Contornos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto (coord.). **Direito Sancionador Administrativo**. Estudos em homenagem ao Professo Emérito da PCU/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: Competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SAAD, Amauri Feres. O Controle dos Tribunais de Contas sobre Contratos Administrativos. In: FERRAZ, Sérgio et al (coords.). **Direito administrativo e liberdade**: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 59-131.

SILVA, Afonso José da. **Curso de Direito Constitucional**. 37ª ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Rodrigo Pagani. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Fórum. 2017, p. 39-62.

SPECK, Bruno Willian. **Inovação e rotina do Tribunal de Contas da União**: O papel da instituição superior de controle financeiro do sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 31-45, out./dez. 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>. Acesso em: 25 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: Orçamento na Constituição, vol. 3. 3ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2008.

ZOCKUN, Maurício. **Regime constitucional da atividade notarial e de registro**. São Paulo Malheiros, 2018.