

JOSÉ MAURICIO CONTI  
FERNANDO FACURY SCAFF

*Coordenação*

# ORÇAMENTOS PÚBLICOS E DIREITO FINANCEIRO

Adilson Abreu Dallari • Alexandra Katia Dallaverde • Alessandro Octaviani • Ana Carla Bliacheriene • André Castro Carvalho • Andressa Guimarães Torquato Fernandes Rêgo • Bruno Mitsuo Nagata • Carlos Otávio Ferreira de Almeida • Celso de Barros Correia Neto • Cesar Augusto Seijas de Andrade • César de Moraes Sabbag • Cleucio Santos Nunes • Cristiane Coelho • Eliana Franco Neme • Emerson Cesar da Silva Gomes • Eurípedes Gomes Faim Filho • Fabrício Motta • Fernando Facury Scaff • Flávio Rubinstein • Flavio Tudisco • Francisco Cañal • Francisco Sérgio Silva Rocha • Franselmo Araújo Costa • Gabriel Loretto Lochagin • Guilherme Bueno de Camargo • Guilherme Jardim Jurksaitis • Helio Martins Tollini • Horacio Guillermo Corti • Izaías José de Santana • James Giacomoni • João Ricardo Catarino • José Augusto Moreira de Carvalho • José Mauricio Conti • José Roberto R. Afonso • Kiyoshi Harada • Kleber Luiz Zanchim • Luciano Ferraz • Luís Felipe Valerim Pinheiro • Luiz Alberto David Araujo • Marcelo Guerra Martins • Márcio Ferro Catapani • Marco Antonio Hatem Beneton • Marcos Nóbrega • Maria de Fátima Ribeiro • Maria Elisa Cesar Novais • Maurício Barros • Moacir Marques da Silva • Nazaré da Costa Cabral • Raquel Cavalcanti Ramos Machado • Renato Jorge Brown Ribeiro • Rodrigo Oliveira de Faria • Sandoval Alves da Silva • Sérgio Assoni Filho • Ursula Dias Peres • Valmor Slomski • Vasco Valdez • Wallace Paiva Martins Junior

# ORÇAMENTOS PÚBLICOS E DIREITO FINANCEIRO

Coordenação

JOSÉ MAURICIO CONTI  
FERNANDO FACURY SCAFF

Adilson Abreu Dallari / Alexsandra Katia Dallaverde / Alessandro Octaviani / Ana Carla Bliacheriene / André Castro Carvalho / Andressa Guimarães Torquato Fernandes Rêgo / Bruno Mitsuo Nagata / Carlos Otávio Ferreira de Almeida / Celso de Barros Correia Neto / Cesar Augusto Seijas de Andrade / César de Moraes Sabbag / Cleucio Santos Nunes / Cristiane Coelho / Eliana Franco Neme / Emerson Cesar da Silva Gomes / Eurípedes Gomes Faim Filho / Fabrício Motta / Fernando Facury Scaff / Flávio Rubinstein / Flavio Tudisco / Francisco Cañal / Francisco Sérgio Silva Rocha / Franselmo Araújo Costa / Gabriel Loretto Lochagim / Guilherme Bueno de Camargo / Guilherme Jardim Jurksaitis / Helio Martins Tollini / Horacio Guillermo Corti / Izaias José de Santana / James Giacomoni / João Ricardo Catarino / José Augusto Moreira de Carvalho / José Mauricio Conti / José Roberto R. Afonso / Kiyoshi Harada / Kleber Luiz Zanchim / Luciano Ferraz / Luís Felipe Valerim Pinheiro / Luiz Alberto David Araujo / Marcelo Guerra Martins / Márcio Ferro Catapani / Marco Antonio Hatem Beneton / Marcos Nóbrega / Maria de Fátima Ribeiro / Maria Elisa Cesar Novais / Maurício Barros / Moacir Marques da Silva / Nazaré da Costa Cabral / Raquel Cavalcanti Ramos Machado / Renato Jorge Brown Ribeiro / Rodrigo Oliveira de Faria / Sandoval Alves da Silva / Sérgio Assoni Filho / Ursula Dias Peres / Valmor Slomski / Vasco Valdez / Wallace Paiva Martins Junior

© desta edição [2011]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO  
*Diretor responsável*

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

**0697**

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil [09-2011]

Profissional

Fechamento desta edição [31.08.2011]



ISBN 978-85-203-2980-1

# AS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS E O CONTROLE SOBRE AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

**GUILHERME JARDIM JURKSAITIS**

Mestrando em direito administrativo na USP. Bacharel em direito pela PUC-SP. Professor e coordenador do curso de direito administrativo da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Advogado.

**RESUMO:** Este artigo analisa a construção normativa operada pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO) no que se refere ao controle exercido pelo Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União sobre as contratações públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle da administração – Contratações públicas – Congresso Nacional – Tribunal de Contas da União – Lei de Diretrizes Orçamentárias – Legalidade.

**ABSTRACT:** This paper analyses the normative construction operated by Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) concerning the control exercised by the Brazilian National Congress and Tribunal de Contas da União related to public contracts.

**KEYWORDS:** Administration control – Public contracts – Brazilian National Congress – Tribunal de Contas da União – Lei de Diretrizes Orçamentárias – Legality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O controle externo e as leis de diretrizes orçamentárias – 3. O controle externo nas leis de diretrizes orçamentárias: de 1997 a 2009 – 4. A disciplina da LDO para 2011 sobre bloqueio de contratos administrativos – 5. Quais as contribuições da LDO para o exercício do controle pelo TCU? – 6. Legalidade e ampliação das competências dos órgãos de controle – 7. É possível restringir a noção de legalidade? – 8. A LDO 2011 criou uma nova hipótese de mitigação do princípio da legalidade? – 9. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema do controle sobre os contratos celebrados pela Administração Pública é um dos mais polêmicos e atuais do direito público contemporâneo. Boa parte da polêmica em torno dele consiste na busca por um equilíbrio necessário entre as competências dos órgãos de controle, voltados a coibir e punir desvios, e as dificuldades que a Administração Pública enfrenta ao lidar com uma série de exigências legais focadas na observância de formalidades pouco preocupadas com resultados concretos.

O tema, como se vê, não é novo. Mas há um movimento interessante em andamento, que corre à margem das grandes discussões sobre o controle externo. É que desde o ano de 1997 as leis de diretrizes orçamentárias têm tratado de definir competências específicas para o Tribunal de Contas da União e para o Congresso Nacional no exercício do controle sobre contratos administrativos.

A construção normativa que foi feita pelas leis de diretrizes orçamentárias encontra-se em um estágio bastante avançado na LDO para o ano de 2011 e pode levar à edição de uma lei permanente para regular o controle externo. Conhecer esse regime, portanto, passa a ser fundamental para um debate mais amplo.

Além disso, a LDO para o ano de 2011 suscita um debate intenso, envolvendo a prerrogativa, criada por essa edição da LDO, de o Congresso Nacional decidir pela manutenção de um contrato administrativo considerado irregular pelo TCU. Seria essa uma possibilidade de se ignorar uma ilegalidade constatada pelo órgão de controle em nome de um interesse maior, definido pelo Parlamento? O princípio da legalidade estaria sendo mitigado nessa hipótese?

## 2. O CONTROLE EXTERNO E AS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) é de iniciativa do Poder Executivo e deve conter as metas e prioridades da Administração Pública federal para o exercício financeiro subsequente, que orientarão a elaboração da lei orçamentária anual (art. 165, II e § 2.º).

Durante os últimos anos foi sendo construído, nas leis de diretrizes orçamentárias, um procedimento para o exercício do controle externo, especialmente no que se refere ao bloqueio de contratos administrativos com indícios de irregularidades graves constatados pelo Tribunal de Contas da União (TCU). O regime que foi sendo estabelecido envolve critérios a serem observados pelo TCU ao selecionar os casos que serão objeto de fiscalização para fins de bloqueio da execução contratual, e os parâmetros que a Comissão Mista de Orçamento do Congresso (CMO) deve tomar em conta ao deliberar nessas situações.

É possível notar, a partir da lei de diretrizes orçamentárias promulgada no ano de 1997, que houve um aprimoramento constante no tratamento normativo dado

a essa modalidade de controle externo, inclusive no que se refere às competências dos órgãos envolvidos e seu relacionamento.

Trata-se de um conjunto significativo de inovações no campo das contratações públicas. Ao estabelecer critérios para a fiscalização exercida pelo TCU e as possíveis medidas a serem adotadas pelo Poder Legislativo, a LDO procurou concertar as atribuições do TCU e do Parlamento no exercício do controle, contribuindo com a segurança jurídica e a estabilidade dos contratos celebrados pela Administração Pública. Com isso, busca-se aprimorar o relacionamento entre Estado e iniciativa privada, reduzindo os riscos negociais e os custos de contratação.

A lei de diretrizes orçamentárias é uma lei anual, cuja vigência se extingue uma vez exauridos seus efeitos jurídicos, o que se dá no exercício financeiro subsequente ao de sua promulgação, quando o respectivo orçamento é executado. Dessa forma, a lei de diretrizes orçamentárias deve ser editada ano a ano.

Esse aspecto temporal da LDO permitiu que o controle a ser exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União sobre contratos celebrados pela Administração Pública fosse aprimorado a cada nova edição da LDO. Isso permitiu que testes fossem feitos e soluções equivocadas fossem corrigidas. Por outro lado, essas mudanças podem gerar instabilidade e comprometer a criação de rotinas e de métodos permanentes de ação nos órgãos de controle. Por essa razão, recentemente o presidente do TCU, Min. Benjamim Zimler, iniciou uma campanha para que fosse instituída uma lei ordinária permanente para a fiscalização de obras públicas.<sup>1</sup>

Como toda medida legislativa importante, as inovações trazidas pelas leis de diretrizes orçamentárias procuraram resolver dificuldades e conflitos reais. No caso em tela, envolvendo diretamente a Administração Pública e os interesses daqueles que com ela negociam.

Em 1997, inicialmente, o objetivo de prever na LDO um mecanismo de controle externo era destinado a resolver problemas relacionados com irregularidades em obras públicas, em que parlamentares teriam recebido recursos de empreiteiras para a inclusão de verbas orçamentárias destinadas a grandes empreendimentos. O esquema foi descoberto no ano de 1995, pela CPI do orçamento. Mais tarde, já no ano de 2002, o sistema previsto na LDO foi aperfeiçoado em face das denúncias de desvios na construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.<sup>2</sup>

1. "Presidente do TCU quer lei permanente para obra pública". *O Estado de São Paulo*, 05.01.2011. Disponível em: [www.estadao.com.br/noticias/nacional,presidente-do-tcu-quer-lei-permanente-para-obra-publica,662457,0.htm]. Acesso em 11.01.2011.
2. "Escândalo do TRT-SP levou a maior controle". *Jornal do Senado*, 11.11.2008. Disponível em: [www.senado.gov.br/noticias/Jornal/noticia.asp?codEditoria=725&dataEdicaoVer=20081110&dataEdicaoAtual=20110118&nomeEditoria=Or%C3%A7amento&codNoticia=77008]. Acesso em: 14.01.2011.

Mas a ocorrência de desvios desse tipo não é a única razão que pode ser identificada para explicar a grande atenção dada pela LDO ao tratar do controle. Hoje em dia, a atuação do TCU também passou a preocupar a Administração Pública. Um caso que pode ser usado como exemplo disso envolveu a paralisação das obras de dragagem e adequação da navegabilidade no porto de Vitória, no Espírito Santo. Com o contrato já celebrado, mas sem que a construção da obra tivesse sido iniciada, a auditoria do TCU constatou “indícios de irregularidade grave, com provável sobrepreço”, além de “vícios no orçamento básico da licitação” e “falta de memória de cálculo para conformação dos preços unitários”.<sup>3</sup> O Tribunal decidiu suspender cautelarmente a execução do contrato, a fim de evitar “possível prejuízo ao erário caso se permita a execução do objeto”.

O argumento normativo usado para fundamentar essa decisão foi extraído do art. 45 da lei orgânica do TCU (Lei Federal 8.443, de 16.07.1992) combinado com o art. 276 de seu regimento interno, que seguem o dispositivo constitucional que dá ao TCU o poder de suspender a execução de ato, e não de contrato (art. 71, X e § 1.º). Confira-se:

*Lei orgânica do TCU*

“(…)

Art. 45. § 1.º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

(…)

§ 2.º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

(…)”.

*Regimento interno do TCU*

“(…)”

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, XVI, o Presidente, em caso de urgência, ou fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio 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 8.443, de 1992.

(…)”.

3. TCU, TC 016.343/2010-7, rel. Min. Benjamin Zimler, Ata 30/2010, Plenário, sessão de 18.08.2010.

*Constituição Federal*

“(...)

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

(...)

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

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

(...)”.

Segundo os dispositivos acima transcritos, não parece claro que o TCU possua competências para determinar diretamente a sustação de contrato administrativo. Dessa maneira, a atuação do Tribunal em casos como o relatado acima levanta dúvidas. O TCU poderia ter suspenso *cautelamente* a execução do contrato? E a suspensão *apenas* dos respectivos pagamentos? O TCU teria ou não essas competências?

Responder a essas indagações não é uma tarefa simples. Se por um lado a Constituição deu ao TCU competência expressa para a sustação de ato, o mesmo não ocorre em relação aos contratos. Ao mesmo tempo, parece estranho que o TCU esteja absolutamente impedido de conceder medidas cautelares para a sustação de contratos. Nessa hipótese, de que serviria a ampla competência de fiscalização do TCU se ele nada pode fazer diante de uma irregularidade contratual?

Essas questões estão por trás de casos envolvendo a paralisação de contratos pelo TCU, como ocorreu com as obras do Porto de Vitória. Essas situações se tornaram corriqueiras nos últimos anos, o que levou o Governo Federal a um confronto aberto com o TCU,<sup>4</sup> sob a alegação de que, ao agir assim, o órgão estaria paralisando as ações do Governo e impedindo o crescimento do país.

As questões que o tema levanta, de certa maneira, vêm recebendo atenção nas leis de diretrizes orçamentárias. Por se tratar de um processo contínuo de evolução, é preciso analisar como essas leis de diretrizes trataram do assunto até que se chegasse ao regime previsto na LDO para o ano de 2011 (Lei Federal 12.309, de 09.08.2010), e averiguar se é possível, a partir dos resultados até aqui obtidos, falar-se em uma lei permanente que consolide o regime jurídico construído nas leis de diretrizes orçamentárias.

4. “TCU rebate críticas a relatório sobre irregularidades em obras”. *Folha de S.Paulo*, 21.09.2007. Disponível em: [http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u330338.shtml]. Acesso em: 19.11.2010.

### 3. O CONTROLE EXTERNO NAS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: DE 1997 A 2009

É curioso observar que as leis de diretrizes orçamentárias anteriores a 1997 não previam nenhuma disciplina normativa para o exercício do controle externo pelo Congresso ou pelo TCU. Quais razões poderiam explicar esse silêncio normativo? Como o Congresso Nacional exercia, na prática, as competências constitucionais atribuídas a ele e ao TCU na ausência de um detalhamento mais preciso em lei infraconstitucional? O regimento interno do Congresso não responde a essas dúvidas, e não foram encontradas outras normas que pudessem ajudar nessa tarefa.

No entanto, é inegável que a partir desse ano de 1997 (Lei Federal 9.473, de 22.07.1997) iniciou-se um processo de normatização do controle externo nas leis de diretrizes orçamentárias. A primeira menção direcionada ao controle a ser exercido sobre contratos celebrados pela Administração Pública se refere ao envio, pelo TCU à CMO, de uma lista “contendo as obras em execução nas quais tenham sido identificados indícios de irregularidades em sua gestão”, apontando “os indícios verificados e outros dados julgados relevantes para sua apreciação pela Comissão” (art. 69, I).

É preciso chamar a atenção para o fato de que essa LDO menciona apenas *obras* com indícios de irregularidades graves, o que pode ter levado a excluir, à época, outros contratos administrativos com objeto diverso. A falta de referência expressa a contratos administrativos diversos dos contratos de obras foi suprida apenas na LDO para o ano de 2003, e ainda assim de maneira pouco precisa, como se verá mais adiante.

O regramento da LDO para o ano de 1998 era bastante superficial e despertava muitas dúvidas. Quais critérios deveriam ser seguidos pelo TCU ao elaborar a lista a ser enviada à CMO? O que seriam obras com “indícios de irregularidades graves”? Como e quais providências a CMO ou o Congresso poderiam adotar em face das informações prestadas pelo TCU?

Algumas dessas dúvidas permaneceram na lei de diretrizes orçamentárias seguinte, válida para o ano de 1999 (Lei Federal 9.692, de 27.07.1998), com exceção daquela referente aos “indícios de irregularidades graves”, uma vez que essa expressão foi suprimida, para retornar já no ano seguinte. Em lugar dessa expressão, a LDO determinou que o TCU deveria enviar à CMO uma relação das obras em execução “nas quais tenham sido identificados indícios de atos praticados com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” (art. 79, I).

Na lei de diretrizes para o ano 2000 (Lei Federal 9.811, de 28.07.1999), a menção a “indícios de irregularidades graves” voltou, e o dispositivo passou a exigir que na lista a ser enviada pelo TCU fossem incluídas “as providências adotadas nos processos” com esses indícios (art. 92, I). Além desse acréscimo, foi incluído



um parágrafo que especificava alguma competência para o Congresso Nacional. Confira-se:

*Lei de diretrizes orçamentárias para o ano 2000 (Lei Federal 9.811, de 28.07.1999)*

“(…)

Art. 92. (…)

(…)

§ 2.º A lei orçamentária anual poderá contemplar subtítulos relativos a obras mencionadas no inciso I deste artigo com execução orçamentária suspensa até a adoção de medidas saneadoras pelo órgão responsável, sujeitas à apreciação do Congresso Nacional e da Comissão [Mista do Orçamento] referida no *caput* deste artigo.

(…)”.

O § 2.º do art. 92 apresenta uma alteração importante em relação às leis de diretrizes orçamentárias anteriores. Nele está contida uma autorização para que obras com indícios de irregularidades graves tenham subtítulos previstos na lei orçamentária, para que sua execução continue uma vez sanada a irregularidade, mediante apreciação do Congresso e da CMO. Mas como essas obras tiveram sua execução orçamentária suspensa?

Lembre-se que a lei de diretrizes orçamentárias anterior, promulgada em 1998 com vigência durante o ano de 1999, não mencionou a suspensão da execução orçamentária de obras com indícios de irregularidades graves. Também não é possível extrair de tal lei o expediente que teria sido adotado pelo Congresso Nacional para determinar a suspensão do contrato com indícios de irregularidades graves. Igualmente, a lei de diretrizes editada em 1999 não esclareceu esses pontos. Surge então uma nova pergunta: como estaria sendo suspensa a execução orçamentária de obras com indícios de irregularidades graves?

Aparentemente, nenhuma norma responde com clareza a essa questão. Não foi encontrada uma resposta precisa nas leis de diretrizes orçamentárias anteriores ou nas normas regimentais do Congresso.

Seguindo o movimento de aprimoramento normativo da temática objeto deste estudo, com a edição da lei de diretrizes orçamentárias para 2001 (Lei Federal 9.995, de 25.07.2000) passou-se a indicar com mais precisão como o TCU atuaria no controle dos contratos administrativos envolvendo obras públicas. As informações que a Corte de Contas deveria enviar à CMO se tornaram mais detalhadas e precisas a partir do regramento previsto nessa edição da lei de diretrizes orçamentárias.

Essa edição da LDO determinou que o TCU enviasse à CMO uma relação de obras custeadas com verbas do orçamento fiscal e da seguridade social, informando a localização e a especificação das etapas da obra ou do contrato em que foram identificadas as irregularidades, bem como as providências adotadas pelo TCU em

relação aos problemas apontados, o percentual da obra já executado e uma estimativa dos custos necessários para a sua conclusão (art. 86, § 1.º, II a VII). Essa previsão da lei de diretrizes do ano 2000 permanece com poucas alterações até a LDO atual.

Além dessas mudanças, a LDO para 2001 incluiu outras duas determinações ao TCU. A primeira delas previa que o TCU, ao selecionar as obras que seriam fiscalizadas, considerasse “o valor liquidado no exercício de 1999 e o fixado para o ano 2000, a regionalização do gasto e o histórico de irregularidades pendentes obtido a partir de fiscalizações anteriores do Tribunal” (art. 86, § 4.º). Com isso, a lei de diretrizes estabeleceu critérios mínimos a serem observados pelo TCU ao escolher as obras que seriam fiscalizadas por ele. Essa redação também vem sendo preservada até a lei atual, com alguns acréscimos.

A outra alteração trazida por essa lei de diretrizes foi a previsão de que o TCU deveria cumprir uma meta, consistente na fiscalização de um percentual 20% superior de obras fiscalizadas em relação ao ano anterior. Apesar de não ser uma norma impositiva, com a previsão de consequências jurídicas em caso de descumprimento, deve-se reconhecer seu caráter indicativo para estimular a realização de novas fiscalizações pelo TCU, ampliando seu papel no controle sobre o gasto público.

Com a promulgação da lei de diretrizes orçamentárias para 2002 (Lei Federal 10.266, de 24.07.2001), houve apenas um acréscimo relevante, consistente no dever de o TCU disponibilizar na internet um relatório consolidado das obras com indícios de irregularidades graves que foram incluídas na lista enviada ao Congresso.

A lei de diretrizes orçamentárias para 2003 (Lei Federal 10.524, de 25.07.2002) contém alterações substanciais ao regime até aqui descrito. Nela é possível perceber com clareza que estava sendo construído um sistema mais organizado e racional para o exercício do controle externo.

Pela primeira vez, houve menção expressa de que o regime nela previsto se aplicava a contratos de serviços com “indícios de irregularidades graves”, e não apenas a obras, como constou nas edições anteriores da lei. Também nessa lei é que foi especificado o sentido dessa expressão. Confira-se:

*Lei de diretrizes orçamentárias para o ano de 2003 (Lei Federal 10.524, de 25.07.2002)*

“(…)”

Art. 86. (...)”

(…)”

§ 2.º Os indícios de irregularidades graves, para os fins deste artigo, são aqueles que tornem recomendável a paralisação cautelar da obra ou serviço, e que, sendo materialmente relevante, tenham a potencialidade de, entre outros efeitos:

I – ocasionar prejuízos significativos ao erário ou a terceiros;

II – ensejar a nulidade do procedimento licitatório ou de contrato”.

Além de definir o significado de indícios de irregularidades graves, o dispositivo transcrito também menciona expressamente a possibilidade de paralisação cautelar da obra ou serviço.<sup>5</sup> Trata-se de um tema ainda polêmico e que também foi trabalhado nas leis de diretrizes orçamentárias posteriores, como se demonstrará no decorrer do artigo.

Os §§ 4.º a 8.º do art. 86 tratam do procedimento a ser seguido pelo Congresso e pelo TCU para que sejam suspensos os pagamentos de contratos administrativos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves. Esses dispositivos estabelecem o rito a ser seguido para que um contrato administrativo tenha seus pagamentos suspensos após a constatação de indícios de irregularidades graves pelo TCU. Confira-se os dispositivos:

*Lei de diretrizes orçamentárias para o ano de 2003 (Lei Federal 10.524, de 25.07.2002)*

“(…)

Art. 86. O projeto e a lei orçamentária anual poderão contemplar subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves informados pelo Tribunal de Contas da União, permanecendo a execução orçamentária, física e financeira dos contratos, convênios, parcelas ou subtrechos em que foram identificados os indícios, condicionada à adoção de medidas saneadoras pelo órgão ou entidade responsável, sujeitas à prévia deliberação da Comissão Mista de que trata o art. 166, § 1.º, da Constituição, nos termos do § 6.º deste artigo.

(…)

§ 4.º Os ordenadores de despesa e os órgãos setoriais de contabilidade deverão providenciar o bloqueio e o desbloqueio, no Siafi ou no Siasg, das dotações orçamentárias, das autorizações para execução e dos pagamentos relativos aos subtítulos de que trata o *caput* deste artigo, permanecendo nessa situação até a deliberação prevista no § 5.º deste artigo.

§ 5.º As exclusões ou inclusões dos subtítulos, contratos, convênios, parcelas ou subtrechos no rol em anexo à lei orçamentária, observarão decreto legislativo, elaborado com base nas informações prestadas pelo Tribunal de Contas da União, que nelas emitirá parecer conclusivo a respeito do saneamento dos indícios de irregularidades graves apontados de forma a subsidiar a decisão da Comissão Mista de que trata o *caput* e do Congresso Nacional.

§ 6.º A decisão da Comissão Mista de que trata o art. 166, § 1.º, da Constituição, com base em pronunciamento conclusivo do Tribunal de Contas da União, que reconheça o saneamento dos indícios de irregularidades apontados, terá caráter

---

5. Lembre-se que foi neste período que foram apuradas as irregularidades na construção da sede do TRT de São Paulo, que levaram ao aprimoramento do controle pela LDO.

terminativo, salvo recurso ao Plenário do Congresso Nacional, assinado por 0,1 (um décimo) dos representantes de cada Casa.

(...)”.

Verifica-se que o parecer do TCU teria caráter conclusivo a respeito do saneamento dos indícios de irregularidades apontados, e serviria de base para a decisão da CMO sobre a interrupção ou não dos pagamentos referentes ao contrato (art. 86, § 5.º).

Outra inovação, relativa ao acompanhamento dos contratos, pode ser lida no art. 87, § 5.º.

*Lei de diretrizes orçamentárias para o ano de 2003 (Lei Federal 10.524, de 25.07.2002)*

“(…)”

Art. 87. (...)”

(…)”

§ 5.º Durante o exercício de 2003, o Tribunal de Contas da União remeterá ao Congresso Nacional, em até 15 (quinze) dias após sua constatação, informações referentes aos indícios de irregularidades graves, identificados em procedimentos fiscalizatórios, ou saneamento de indícios anteriormente apontados, referentes a obras e serviços constantes da lei orçamentária, acompanhadas de subsídios que permitam a análise da conveniência e oportunidade de continuação ou paralisação da obra ou serviço.

(...)”.

A norma transcrita menciona a possibilidade de o Congresso Nacional deliberar pela continuidade de um contrato com indícios de irregularidades graves apontados pelo TCU, amparado em um juízo de conveniência e oportunidade. Nesses casos, em que o contrato já estaria sendo normalmente executado e a lei orçamentária já estaria em vigor, caberia ao Congresso decidir pela sua manutenção ou não, levando em conta as informações prestadas pelo TCU e os aspectos de conveniência e oportunidade.

Nota-se que a lei não abordou, ao menos de maneira taxativa, a possibilidade de continuarem as averiguações e eventuais punições a serem aplicadas pelo TCU em relação a contratos com indícios de irregularidades cuja decisão pela continuidade tenha sido tomada pela CMO. É verdade que essa omissão da lei não leva a crer que, ao decidir pela preservação dos pagamentos e do contrato, a CMO liberasse ou tornasse sem efeito as irregularidades já constatadas. Ao mesmo tempo, chama a atenção o fato de a lei não ter se preocupado com isso de maneira mais detida. Esse problema só viria a ser resolvido na LDO para 2011.

Em todo o caso, essa prerrogativa do Congresso acaba levantando uma questão bastante controversa, relativa à possibilidade de se preservar um contrato ainda

que ele apresente algum vício de legalidade. Essa possibilidade vem sendo mantida nas leis de diretrizes posteriores e será melhor tratada no item 8.

A lei de diretrizes orçamentárias para 2004 (Lei Federal 10.707, de 20.07.2003) não apresentou grandes mudanças em relação ao tema do controle externo. Apenas uma delas merece registro e se refere ao caráter terminativo que foi dado à decisão da CMO que reconhecesse o saneamento de indícios de irregularidades constatados pelo TCU, eliminando a possibilidade de recurso ao Plenário (art. 93, § 6.º).

A lei de diretrizes para 2005 (Lei Federal 10.934, de 11.08.2004) incluiu a exigência de que o TCU também enviasse a relação de obras com indícios de irregularidades graves à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão do Poder Executivo, e não só ao Congresso Nacional, como era feito até então (arts. 97, § 11, e 59, § 1.º da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC 101, de 04.05.2000).

Os critérios a serem observado pelo TCU ao selecionar as obras que seriam fiscalizadas também foram aprimorados nessa edição da lei. O acréscimo feito previu que o TCU deveria observar as empresas com histórico de irregularidades em contratos administrativos detectadas pelo TCU anteriormente (art. 98, § 2.º). Ou seja, além de atentar para a regionalização do gasto, o valor liquidado em exercícios anteriores e o histórico de irregularidades do órgão ou entidade, a LDO previu que o TCU deveria analisar também as empresas envolvidas, ampliando seu olhar para os parceiros da Administração Pública.

Na LDO para 2006 (Lei Federal 11.178, de 25.09.2005), a redação da lei de diretrizes orçamentárias e o próprio sistema de controle nela previsto passaram a ficar mais claros e detalhados. Isso pode ser percebido em diversos dispositivos, a começar pelo alargamento do significado de indícios de irregularidades graves, que passou a incluir expressamente os contratos administrativos em geral e também instrumentos congêneres, como os convênios (art. 102, § 1.º, IV).

Ainda em relação a esse tema, a LDO passou a prever que, uma vez detectados indícios de irregularidades graves, o TCU recomendasse a suspensão cautelar da etapa, parcela, trecho ou subtrecho em que tenha sido percebido o possível desvio (art. 102, § 1.º, IV). Somente nos casos em que não fosse possível especificar a parcela em que foi constatado o indício é que o TCU poderia determinar a suspensão integral dos pagamentos (art. 102, § 3.º). Desse modo, a lei procurou evitar que se suspendesse integralmente o andamento de um contrato administrativo por conta de um indício de irregularidade em apenas uma parte dele.

Também houve uma ampliação de sentido para os indícios de irregularidades graves. A LDO passou a incluir, entre as condutas possíveis, "graves desvios relativamente aos princípios a que está submetida a Administração Pública" (art. 102, § 1.º, IV, c). Em que pese a previsão constitucional do art. 37, *caput*, da CF vigorar desde 1988, apenas em 2005 a lei de diretrizes orçamentárias passou a prever a ino-

bservância dos princípios como sendo um indício de irregularidade grave por si só. Essa inovação permanece nas leis de diretrizes orçamentárias posteriores, e pode causar algum desconforto, como será analisado no item 7 deste artigo.

A LDO para 2006 especificou ainda mais o procedimento a ser adotado pelo TCU no acompanhamento da execução de contratos envolvendo obras com indícios de irregularidades graves. Foi estabelecido que os processos envolvendo essas obras seriam instruídos e apreciados com prioridade, a fim de assinalar se as “irregularidades inicialmente apontadas foram realmente confirmadas e se o empreendimento questionado poderá ter continuidade sem risco de prejuízos ao erário” (art. 102, § 7.º). E, caso não fosse possível continuar, o TCU deveria expor “as medidas a serem adotadas pelos responsáveis, com vistas ao saneamento das irregularidades” e verificar o seu cumprimento (art. 102, §§ 8.º e 9.º).

Outra novidade significativa trazida pela LDO para 2006 foi a previsão do contraditório para que os órgãos e entidades fiscalizadas pelo TCU se manifestassem previamente ao envio da lista à CMO. Já na LDO para 2010 (Lei Federal 12.017, de 12.08.2009), foi previsto que as razões enviadas pelos órgãos e entidades envolvidos no procedimento de fiscalização constassem na lista a ser encaminhada para a CMO (art. 96, § 3.º, VIII), de forma a garantir que ela própria tivesse acesso direto às informações prestadas pelas partes envolvidas, e não apenas às informações vindas do TCU. É o que se extrai do relatório do Deputado Wellington Roberto (PR/PB) apresentado junto com o projeto de LDO. Leia-se:

“Em meio ao conjunto de dados tradicionalmente informados pelo TCU, fizemos incluir o encaminhamento de apreciação acerca de eventuais alegações de defesa oferecidas pelo órgão ou empresa sob fiscalização. Essa informação se mostra necessária para assegurar o amplo contraditório entre as partes e fortalecer a prerrogativa do Congresso Nacional de decidir sobre a paralisação de obras”.

A LDO para 2010 também afastou a possibilidade de serem suspensos os pagamentos nos casos em que “tenham sido apresentadas garantias suficientes à cobertura integral dos prejuízos potenciais ao erário, nos termos da legislação pertinente” (art. 94, § 2.º).

Com a finalidade de evitar que obras com indícios de irregularidades graves reconhecidos se tornassem obras inacabadas, a partir da LDO para 2007 (Lei Federal 11.439, de 29.12.2006), passou-se a determinar que os órgãos e entidades responsáveis enviassem à CMO as informações sobre “as providências tomadas para sanar as irregularidades apontadas” (art. 105, §7.º). Confira-se trecho do relatório do Deputado Romero Jucá (PMDB/RR):

“Com vistas a evitar que as obras indicadas no anexo de obras com indícios de irregularidades graves, constantes das leis orçamentárias anuais, se transformem em verdadeiras ‘obras inacabadas’, inserimos dispositivos que exige das Unidades Orçamentárias responsáveis as justificativas sobre as medidas que estão sendo adotadas para sanar os problemas identificados”.

Também na LDO para 2007 foi instituída previsão para que o TCU enviasse à CMO um “resumo relativo à qualidade da implementação e ao alcance de metas e objetivos dos programas e ações governamentais objeto de auditorias operacionais” (art. 106).

No que se refere ao tema do controle, as leis de diretrizes para 2008 (Lei Federal 11.514, de 13.08.2007) e para 2009 (Lei Federal 11.768, de 14.08.2008) não apresentaram inovação substancial em relação à sua versão anterior.

Muito do que foi criado pelas leis de diretrizes orçamentárias promulgadas entre os anos de 1997 e 2009 permaneceu na LDO para 2011, como se verá no item a seguir.

#### 4. A DISCIPLINA DA LDO PARA 2011 SOBRE BLOQUEIO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A LDO para 2011 (Lei Federal 12.309, de 09.08.2010) mantém a determinação de que o TCU deve enviar à CMO informações sobre a execução física das obras e serviços que tenham sido objeto de fiscalização nas quais foram identificados indícios de irregularidades graves (arts. 97 e 94, § 1.º, IV).

Ao definir as obras e serviços que serão objeto de fiscalização para elaboração dessa relação, além dos indícios de irregularidades graves, o TCU tem de considerar outros critérios definidos pela LDO, como o tamanho do projeto e o histórico de irregularidades pendentes praticadas pela entidade (art. 97, § 1.º, II e IV). Os processos envolvendo esses contratos terão prioridade no TCU (art. 99, § 2.º).

Para classificar a gravidade das irregularidades verificadas, o TCU deve avaliar o valor do potencial prejuízo delas decorrentes (art. 97, § 3.º, IV). E caso a execução do contrato ainda não tenha sido concluída, o TCU tem ainda de estimar o valor necessário para sua conclusão (art. 97, § 3.º, VII). Ao fazer esse juízo, o TCU deixa de exercer uma análise meramente formal do contrato para se debruçar também sobre os efeitos concretos de sua execução.

Uma vez concluída a lista, o TCU tem a obrigação de instruí-la com informações específicas relativas a cada contrato objeto de fiscalização (art. 97, § 3.º). Essas informações incluem a identificação da empresa contratada e da entidade pública contratante, bem como a natureza e a classificação dos indícios de irregularidades, de acordo com a sua gravidade.

A relação das obras e serviços com indícios de irregularidades graves a ser enviada ao Congresso Nacional deve conter, ainda, as alegações de defesa apresentadas pelas partes envolvidas na execução do contrato e as garantias oferecidas (art. 97, § 3.º, VIII a X).

Enviada a lista, os titulares das entidades públicas contratantes devem adotar medidas para saneamento das possíveis falhas, suspendendo a execução e os pagamentos relativos às irregularidades apontadas (art. 94, *caput* e § 7.º). Note-se que

a inclusão de um contrato irregular na relação enviada ao Congresso não suspende sua execução integral, mas apenas naquilo que estiver relacionado à irregularidade apontada pelo TCU. Mantém-se a execução do contrato e os respectivos pagamentos que não estejam diretamente relacionados com a irregularidade verificada.

Ao receber a lista, a CMO deve deliberar sobre o bloqueio ou não dos contratos ali previstos. Em sua decisão, a CMO terá de considerar as razões apresentadas pelas entidades envolvidas e também as consequências práticas decorrentes da eventual paralisação da execução contratual (art. 95).

Entre os resultados práticos a serem considerados pela CMO ao decidir pelo bloqueio ou não dos contratos apontados pelo TCU, estão os impactos econômicos e financeiros, e os riscos sociais e ambientais decorrentes do atraso na execução do empreendimento (art. 95, I e II). Ao mesmo tempo, a CMO tem de ponderar em sua decisão sobre o custo de deterioração da obra ou perda das parcelas já executadas, bem como sobre as despesas necessárias à preservação do que já foi feito (art. 95, IV a VI).

No relatório apresentado pelo Deputado Tião Viana (PT/AC), fica claro que a inclusão desses dispositivos partiu do Poder Executivo, o que mostra a grande preocupação da Administração com os custos envolvidos na paralisação de uma obra pública. Confira-se:

“Por outro lado, acolhemos a inovação proposta pelo Poder Executivo no art. 95 do Projeto, no que se refere à fixação de critérios para avaliar os riscos da paralisação da obra, contrapondo-os aos riscos da irregularidade. Trata-se de inovação positiva, que permitirá não só ao Congresso Nacional, mas a qualquer outra autoridade que disponha de tais poderes, avaliar com mais clareza os fatores envolvidos em tão grave decisão. (...)”.

Em ambos os casos, a CMO claramente analisa aspectos de conveniência e oportunidade do bloqueio ou desbloqueio do contrato (art. 99). Evidentemente, não se trata de um juízo arbitrário sobre que parcela ou qual contrato deve ou não ser paralisado. A decisão da CMO deve ser pautada pelos elementos acima mencionados, todos previstos na LDO.

Além de observar os aspectos de conveniência e oportunidade, a CMO poderá convocar audiência pública com vistas a subsidiar as deliberações acerca do bloqueio ou desbloqueio. O exercício dessa prerrogativa é obrigatório nos casos em que se decida pela continuidade dos contratos com indícios de irregularidades graves (art. 98, *caput* e § 2.º). Confira-se:

*Lei de diretrizes orçamentárias para o ano de 2011 (Lei Federal 12.309, de 09.08.2010)*

“(...)”

Art. 98. A CMO poderá realizar audiências públicas com vistas a subsidiar as deliberações acerca do bloqueio ou desbloqueio dos subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves.



(...)

§ 2.º. A deliberação da CMO que resulte na continuidade da execução de subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves ainda não sanados dependerá da avaliação das informações recebidas na forma do art. 95, § 2.º, desta Lei e de prévia realização da audiência pública prevista no *caput* deste artigo, quando deverão ser avaliados os prejuízos potenciais da paralisação para a Administração e para a sociedade.

(...)”.

Em qualquer hipótese, tanto para a continuidade como para a paralisação da execução do contrato, as medidas de fiscalização e de apuração de responsabilidades não serão interrompidas pela decisão tomada pela CMO (art. 94, § 3.º). Garante-se, dessa forma, que as irregularidades efetivamente comprovadas produzirão as consequências jurídicas cabíveis para fins de responsabilização e imposição de sanção.

## 5. QUAIS AS CONTRIBUIÇÕES DA LDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE PELO TCU?

A disciplina prevista pela LDO para o exercício do controle procura responder a alguns dos problemas atuais envolvendo o controle da Administração Pública.

Ao definir os critérios que devem ser observados pelo TCU ao fiscalizar a execução de contratos celebrados pela Administração Pública, a LDO confere segurança às partes contratantes, que passam a saber de antemão quais serão os parâmetros da fiscalização para fins de bloqueio da execução contratual.

Nesse aspecto, é preciso destacar que não são *todas as irregularidades* passíveis de gerar o bloqueio do contrato ou de parte dele. Segundo a LDO, o TCU deve verificar o custo da irregularidade em face do valor total do contrato, de modo a impedir que um pequeno desvio gere a paralisação de um contrato envolvendo altos investimentos.

No mesmo sentido, a lei impõe ao TCU o dever de estimar os custos do potencial prejuízo que a possível irregularidade pode gerar aos cofres públicos, levando em consideração o estágio atual da execução contratual. Essa atribuição faz com que o TCU exerça uma fiscalização muito mais consciente do ponto de vista da gestão pública, ponderando os impactos econômicos que a eventual paralisação do contrato pode trazer aos cofres públicos. Para tanto, a lei determina que o TCU receba manifestações das partes envolvidas. Mais do que observar a exigência constitucional do contraditório, esse requisito oferece ao órgão de controle condições de obter mais informações e detalhes sobre o contrato e a suposta irregularidade verificada.

Outro avanço trazido pela LDO envolve a delimitação das competências do TCU e do Congresso Nacional no exercício do controle, tornando expressa a competên-

cia do Poder Legislativo para decidir sobre o bloqueio de contrato com indícios de irregularidades detectados pelo TCU. Isso nada mais é do que uma decorrência do art. 71, § 1.º, da CF, que determina ao Congresso competência para decidir diretamente sobre contratos apontados pelo TCU como irregulares.

O exercício da competência do Poder Legislativo para bloquear ou não um contrato foi regulamentado pela lei. Ao decidir, o Congresso deve considerar os impactos que a paralisação da execução do contrato terá para as contas públicas e para a sociedade, que sofrerá atrasos para a fruição do objeto do contrato. Deve ainda realizar prévia audiência pública para subsidiar sua decisão. Desse modo, não basta haver um indício de irregularidade, seja ele qual for, para que o contrato seja bloqueado.

Mas aí surge uma dúvida relevante. Ao atribuir ao Congresso o poder para decidir sobre a continuidade ou não de um contrato com indícios de irregularidade, a LDO estaria dando a ele uma margem para flexibilizar o princípio da legalidade em face de um interesse público maior, consistente, por exemplo, na rápida conclusão de uma obra de infraestrutura que trará melhorias sociais para uma região carente do país?

O estudo passará a tratar dessa questão nos itens seguintes.

## 6. LEGALIDADE E AMPLIAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto inúmeros princípios que devem ser observados pela Administração Pública. Além da legalidade, o art. 37 eleva à categoria de norma jurídica os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esses princípios não foram definidos de maneira precisa pelo ordenamento jurídico. Com exceção, talvez, dos princípios da legalidade e da publicidade, não é possível extrair da Constituição um sentido específico para cada um dos princípios da Administração Pública.

O uso desses princípios, no entanto, tem sido muito comum em peças forenses e mesmo em trabalhos acadêmicos. Em decisões judiciais, os princípios são usados como mecanismo para impor à Administração um dever jurídico preciso, como a proibição da contratação de parentes para o preenchimento de cargos de livre nomeação e exoneração.<sup>6</sup>

No STF, o princípio da moralidade é usado pelos ministros nos mais diversos assuntos, como em casos envolvendo nepotismo, concurso público, depósito de vencimentos em bancos oficiais e inelegibilidade para o exercício de cargos políti-

---

6. Conferir a Súmula Vinculante 13 e os acórdãos do STF que a originaram.

cos. Em diversos desses casos, os ministros enxergam no princípio da moralidade um aspecto ou uma consequência direta da legalidade.<sup>7</sup>

Essa tendência, de aproximar um princípio de significado aberto, carregado de um conteúdo ético de difícil delimitação, de um princípio como o da legalidade, que possui um significado jurídico claro,<sup>8</sup> tem como consequência direta um alargamento das competências dos órgãos de controle inicialmente encarregados de zelar pela correta aplicação da lei.

Um bom exemplo dessa consequência pode ser encontrado na lei de improbidade administrativa (Lei Federal 8.429, de 02.06.1992). Após definir as hipóteses de lesão ao erário (art. 10) e de benefício pessoal do agente, ainda que não ocorra lesão ao erário (art. 9.º), a lei abriu espaço para uma terceira espécie de improbidade. Em seu art. 11, a lei estabeleceu como improbidade administrativa qualquer conduta que atente contra os princípios da Administração Pública.<sup>9</sup>

Com esse dispositivo, uma nova janela de controle foi aberta. Além das condutas expressamente definidas em lei, como aquelas que levam ao enriquecimento ilícito do agente, o Ministério Público passou a poder investigar e propor ações judiciais por condutas que atentem contra princípios. A relação dessas condutas com a violação dos princípios é feita pelo órgão de controle, muitas vezes sem observar qualquer parâmetro ou critério previamente fixados.

Nesse mesmo movimento de ampliação da noção de legalidade, que levou ao aumento da esfera de ação do controle externo, o Tribunal de Contas da União passou a verificar a legitimidade e a economicidade,<sup>10</sup> e a eficiência e eficácia de atos praticados por gestores de recursos públicos. Novamente, tem-se um conjunto de princípios abertos, sem sentido claro definido pelo ordenamento jurídico, mas que devem ser observados por aqueles que estão sujeitos à fiscalização do TCU.

E esse movimento se intensificou com a inclusão na LDO da observância dos princípios da Administração Pública para se caracterizar um indício de irregularidade grave. A iniciativa de incluir os princípios nessa definição, aliás, partiu do

7. GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. *Como o STF usa o princípio da moralidade em suas decisões?* Monografia de conclusão de curso. São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010.

8. Em que pese o debate envolvendo a observância do princípio da legalidade em decisões tomadas pelo Poder Executivo por meio de regulamentos expedidos por suas entidades, como as agências reguladoras.

9. SUNDFELD, Carlos Ari. Uma análise do uso de princípios do direito administrativo pelo STJ. *Cadernos Direito GV*, vol. 6, n. 3, p. 64-74. Seminário 29. São Paulo: Direito GV, maio 2009.

10. Art. 70, *caput*, da CF e os arts. 1.º, § 1.º; 16, I; 43, II; 38, IV; 29, II e 90, § 2.º, da Lei Federal 8.443, de 16.07.1992, lei orgânica do Tribunal de Contas da União.

próprio TCU, segundo o relatório do Deputado Tião Viana (PT/AC), apresentado junto com o projeto de LDO de 2010.

Assim é que, além das competências constitucionais do TCU, restritas à verificação das contas públicas e da legalidade das despesas, o órgão passou a exercer também o controle sobre outros aspectos atinentes ao gasto público. Com isso, tornaram-se relativamente comuns decisões *recomendando* a entidades da Administração a implementação de práticas típicas de gestão, como a adoção de programas de capacitação profissional e a aquisição de equipamentos para o armazenamento adequado de produtos.<sup>11</sup>

A ampliação da noção de legalidade, de modo a compreender também a observância de princípios sem conteúdo definido em lei, deu aos órgãos de controle um espaço maior de atuação. Mas esse espaço muitas vezes invade a esfera própria do administrador público, que deve decidir quais as prioridades de investimento e os meios necessários para se alcançar o interesse público.

## 7. É POSSÍVEL RESTRINGIR A NOÇÃO DE LEGALIDADE?

Seja no âmbito da proteção das garantias e liberdades individuais seja no campo de atuação da Administração Pública, o princípio da legalidade constitui um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Essa posição de destaque conferida ao princípio da legalidade faria dele um *princípio absoluto*, impossível de ser mitigado em casos concretos? Ao menos uma situação específica indicaria uma resposta negativa a essa questão.

Trata-se da manutenção de atos administrativos produzidos com vício de legalidade. Em algumas circunstâncias, admite-se que atos administrativos viciados continuem a produzir efeitos em nome de um princípio que se considerou mais relevante: o da segurança jurídica.<sup>12</sup>

Um exemplo paradigmático desse fenômeno pode ser encontrado na jurisprudência do STF.<sup>13</sup> O caso envolvia a nomeação de professoras que foram aprovadas em concurso público do qual participaram mediante autorização dada em decisão liminar.

Passados cerca de cinco anos após a cassação da liminar, a Administração Pública decide desfazer os atos de nomeação. O caso vai ao STF, que julga que a inér-

11. TCU, TC 015.744/2003-4, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Ata 1/2004, Plenário, sessão de 21.01.2004.

12. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. n. 84. p. 46-63. São Paulo: Ed. RT, 1987.

13. STF, RE 85.179/RJ, Plenário, j. 04.11.1977, rel. Min. Bilac Pinto.

cia da Administração Pública teria consolidado a situação jurídica das professoras. Desse modo, desfazer o ato de nomeação – ilegal – violaria o princípio da segurança jurídica.

Em outros casos mais recentes o STF manteve esse entendimento<sup>14</sup> que, aliás, foi consolidado na lei de processo administrativo (Lei Federal 9.784, de 29.01.1999). Essa lei determina que a Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, respeitando os direitos adquiridos (art. 54), com a ressalva, em relação aos atos que acarretarem efeitos favoráveis para os destinatários, do prazo prescricional de cinco anos (art. 55).

Nota-se, portanto, que em algumas situações específicas o princípio da legalidade pode ter seu âmbito de incidência reduzido em nome de um interesse maior, como o da segurança jurídica.

Esse estreitamento da noção de legalidade já foi confirmado pelo STF e pela lei federal de processo administrativo sem despertar maiores espantos na doutrina.

Mas seria viável aplicar a mesma lógica em outras hipóteses? Quais? Um contrato celebrado pela Administração Pública e considerado ilegal pelo Tribunal de Contas poderia ser preservado em nome da segurança jurídica? E do interesse público manifestado nos custos da interrupção do contrato e na demora na fruição dos benefícios da conclusão do contrato pela sociedade? Quem poderia exercer esse juízo?

## 8. A LDO 2011 CRIOU UMA NOVA HIPÓTESE DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE?

Como se demonstrou nos itens anteriores, a LDO atribuiu à CMO competência para decidir sobre o bloqueio de contratos considerados irregulares pelo TCU.

A análise sobre os indícios de irregularidades feita pelo TCU não é vinculante ao Congresso Nacional. A Constituição é clara ao instituir o Tribunal de Contas como entidade auxiliar do Poder Legislativo para o exercício do controle externo. O TCU deve sempre comunicar ao Congresso sobre os atos sustados e as irregularidades encontradas em contratos administrativos para que ele delibere.

Ao mesmo tempo, não se pode negar que a fiscalização exercida pelo TCU seja pautada pela verificação da estrita obediência à legalidade pela Administração Pública, além dos aspectos de economicidade e legitimidade. É indiscutível, portanto, que o TCU dispõe de competência constitucional para verificar e apontar ilegalidades em contratos administrativos.

14. STF, Pet 2900 QO/RS, 2.<sup>a</sup> T., j. 27.05.2003, rel. Min. Gilmar Mendes; MS 24268/MG, Plenário, j. 05.02.2004. rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; MS 22357/DF, Plenário, j. 27.05.2004, rel. Min. Gilmar Mendes.

Nesses termos, uma vez que o TCU encontre ilegalidade em contrato administrativo, pode o Congresso Nacional ignorar essa decisão? Ou melhor, o Congresso pode decidir contrariamente ao TCU?

Uma resposta fácil a essas questões seria a de que, por ser um órgão auxiliar do Poder Legislativo, sem competência jurisdicional, a decisão do TCU não seria vinculante para o Congresso Nacional. Mesmo porque foi a própria Constituição que atribuiu ao Parlamento a competência para decidir diretamente sobre a sustação de contrato considerado ilegal pelo TCU.

Por outro lado, parece não haver sentido em a Constituição dotar um órgão de competências para exercer o controle de legalidade sobre gastos e despesas públicas sem que dê a ele condições de implementar suas decisões. Em outras palavras, de que valeria uma ilegalidade constatada pelo TCU em um determinado contrato se o Congresso Nacional pode simplesmente decidir pela continuidade de sua execução? É possível interpretar a norma constitucional para afirmar que o Parlamento poderia chancelar uma ilegalidade constatada pelo TCU?

A LDO para o ano de 2011 parece oferecer uma resposta afirmativa a essa questão, especialmente quando determina o procedimento que a CMO deve observar para decidir pelo bloqueio dos contratos apontados pelo TCU. Abre-se uma possibilidade clara, expressamente prevista na lei, de o Parlamento decidir contrariamente ao TCU, observados os parâmetros e normas previstos.

A complexidade do tema é decorrente de uma tensão muito atual do direito público contemporâneo, envolvendo a necessidade de se controlar a Administração Pública sem travar suas ações. O controle a ser exercido não pode impedir o próprio funcionamento do Estado.

Não se nega a necessidade de haver entidades estatais de controle dotadas de autonomia e independência para fiscalizar a Administração Pública. Assim como não se ignora o fato de que essas entidades devem ter poderes para constranger os administradores públicos a observar e cumprir suas decisões. Só que tanto uma coisa quanto outra não podem retirar da Administração as condições necessárias para decidir como concretizar seus objetivos, sua finalidade pública.

Paralisar a execução de um contrato administrativo, seja a que título for, importa em consequências práticas e jurídicas que não devem ser esquecidas, algumas delas já mencionadas neste trabalho. Ponderar entre essas consequências e as ilegalidades constatadas para decidir o que fazer com um determinado contrato não pode ser uma tarefa dos órgãos de controle.

Quem vai suportar os custos da paralisação de um contrato é a Administração Pública e a sociedade. A primeira, porque eventualmente terá de responder perante o contratado pelos custos incorridos por ele, como para amortizar os investimentos já feitos e desmobilizar a equipe alocada na execução do contrato. E também porque as etapas já executadas do contrato, no caso de uma obra pública, não podem simplesmente ser demolidas. Novamente, é a Administração Pública que terá de arcar com

os custos de manutenção da obra, para que não se perca o que já foi feito. Enquanto a sociedade acaba sofrendo por não usufruir dos benefícios que a execução do contrato lhe traria, como o fornecimento de um medicamento, cujo contrato de aquisição celebrado com o poder público foi considerado ilegal, ou a construção de uma obra de saneamento que melhoraria a qualidade de vida da população local.

Ou seja, não é o órgão de controle, como o TCU, que terá de lidar diretamente com os efeitos decorrentes de sua decisão para interromper a execução de um contrato administrativo. E é positivo que seja assim. Do contrário, ao decidir diante de uma ilegalidade contratual, poderia abdicar de sua função precípua de controlar para ponderar a solução mais adequada em face do caso concreto. Assim, não se teria sequer instrumento para rastrear e apontar ilegalidades em contratos celebrados com a Administração.

Por esses motivos, a Constituição impôs ao Poder Legislativo, uma instituição independente e dotada de legitimidade política para tomar decisões que trarão impactos significativos para a vida da Administração e da sociedade, a competência para decidir em casos assim.

A LDO, ao regulamentar a atuação do Congresso para decidir sobre o bloqueio de contratos considerados irregulares pelo TCU, mediante parâmetros claros e com a obrigação de prévia audiência pública, nada mais fez a não ser tornar possível e transparente o cumprimento da previsão constitucional do art. 70, § 1.º.

O juízo a ser exercido pelo Congresso tem caráter político no sentido de estabelecer, em face de situações específicas, considerando os custos envolvidos e as consequências sociais de se determinar o bloqueio de um contrato, pela continuidade ou não do pacto. Em outras palavras, a LDO autoriza o Congresso a atender outros interesses públicos relevantes, quando assim considerar necessário, em vez de paralisar a execução de um contrato tido por irregular pelo TCU.

O interesse público apontado pelo Poder Legislativo, assim como a segurança jurídica usada na jurisprudência do STF constituem elementos válidos e legais para conter o dogma da estrita legalidade em situações específicas.

Trata-se, é certo, de algo um tanto ousado que pode suscitar grandes dúvidas e intensos debates, daí valer o destaque de que esse novo regime foi implementado na LDO, que tem a característica muito peculiar de ser uma lei editada a cada ano. De tal sorte, os eventuais problemas e conflitos insolúveis que apareçam em decorrência do regime instituído pela LDO podem ser corrigidos ou eliminados em sua próxima edição.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*. n. 84. p. 46-63. São Paulo: Ed. RT, 1987.

- GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. *Como o STF usa o princípio da moralidade em suas decisões?*. Monografia de conclusão de curso. São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, 2010. *mimeo*.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 195 a 226.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Uma análise do uso de princípios do direito administrativo pelo STJ. *Cadernos Direito GV*. vol. 6. n. 3. p. 64-74. Seminário 29. São Paulo: Direito GV, maio 2009.
- Escândalo do TRT-SP levou a maior controle. *Jornal do Senado*, 11.11.2008. Disponível em:
- [[www.senado.gov.br/noticias/Jornal/noticia.asp?codEditoria=725&dataEdicaoVer=20081110&dataEdicaoAtual=20110118&nomeEditoria=Or%C3%A7amento&codNoticia=77008](http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/noticia.asp?codEditoria=725&dataEdicaoVer=20081110&dataEdicaoAtual=20110118&nomeEditoria=Or%C3%A7amento&codNoticia=77008)]. Acesso em: 14.01.2011.
- TCU rebate críticas a relatório sobre irregularidades em obras. *Folha de S. Paulo*, 21.09.2007. Disponível em: [<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u330338.shtml>]. Acesso em: 19.11.2010.
- Presidente do TCU quer lei permanente para obra pública. *O Estado de S. Paulo*, 05.01.2011. Disponível em: [[www.estadao.com.br/noticias/nacional,presidente-do-tcu-quer-lei-permanente-para-obra-publica,662457,0.htm](http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,presidente-do-tcu-quer-lei-permanente-para-obra-publica,662457,0.htm)]. Acesso em: 11.01.2011.