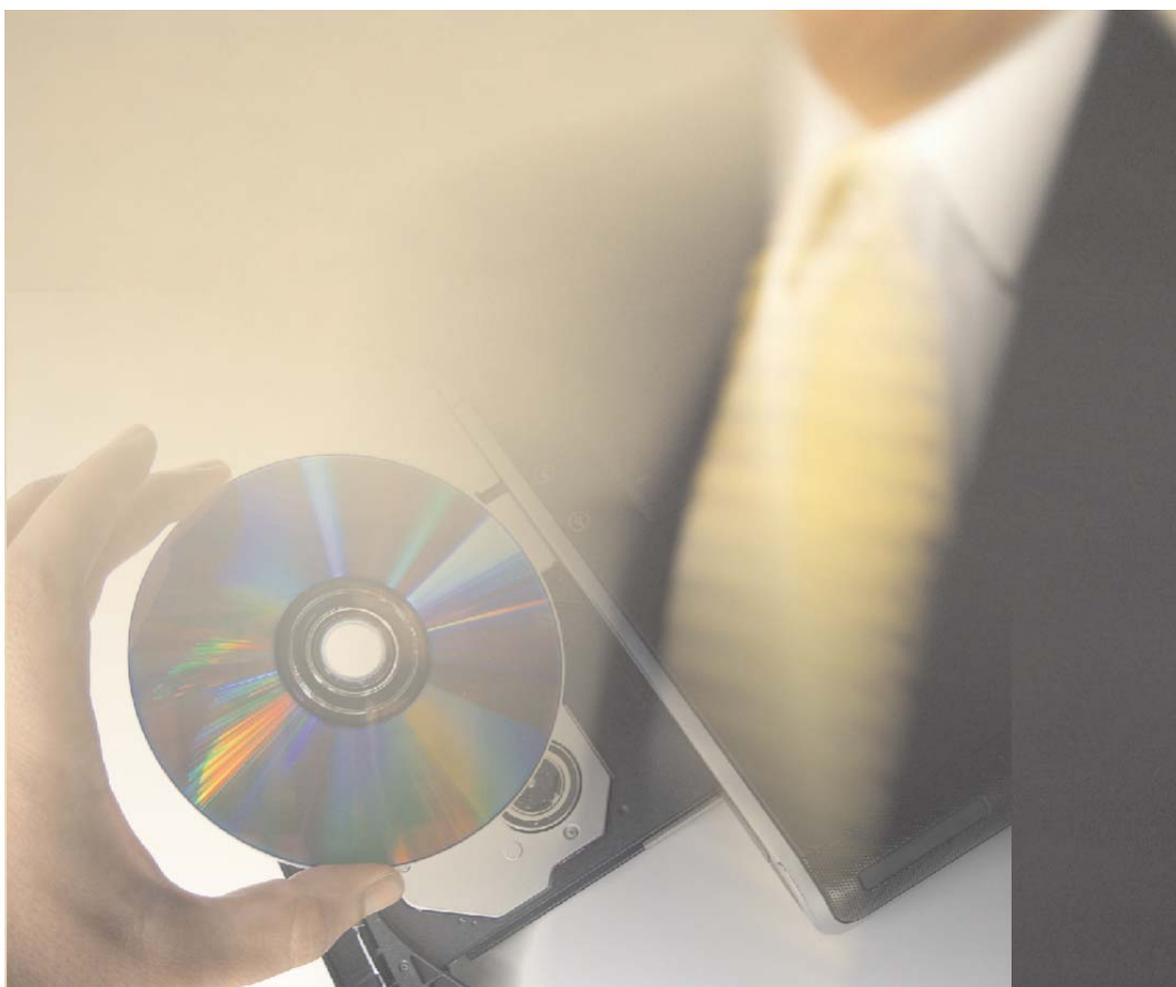


O ALCANCE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO

em face do poder
discrecionário do
administrador público



Neilton Ferreira Macharete

Assessor Especial do Gabinete do Conselheiro Julio L. Rabello,
do TCE-RJ

Especialista em Administração Pública

RESUMO: Este trabalho objetiva estudar o poder discricionário que tem o administrador público, quanto à conveniência e oportunidade na prática dos atos de administração, bem como as possibilidades e limites do seu controle. Serão analisadas as competências constitucionais outorgadas aos Tribunais de Contas e até onde é permitido questionar os atos administrativos praticados sob o manto da discricionariedade, buscando responder ao problema proposto sobre a existência de possível conflito entre a liberdade do gestor público e a atuação das Cortes de Contas. As reflexões fundamentadas na doutrina e jurisprudência apresentadas levaram-nos à conclusão de que o controle externo, se balizado na verificação do atendimento dos limites legais da discricionariedade, sem invadir a reserva da conveniência e oportunidade, convive harmoniosamente com esse poder.

SUMMARY: *The objective of the present work is to study the freedom (power) of discretion that the public administrator has, related to the convenience and opportunity of the practice of administrative acts, as well as the possibilities and limits of his control. We will analyze the constitutional competences given to the Court of Accounts, and also up to where it is allowed to question the administrative actions taken under the perspective of the right of choice, aiming to answer to the proposed problem about the existence of a possible conflict between the freedom of the public administrator and the work of the Court of Accounts.*

PALAVRAS-CHAVE:
discricionariedade;
controle; competência.

KEYWORDS: *discretion;
control; competences.*

The reflections based on the doctrine and jurisprudence that were presented led us to the conclusion that the external control, if framed by the strict observation of the legal limits of discretion, without invading the reserve of convenience and opportunity, can live harmoniously with this power.

INTRODUÇÃO

O Controle Externo, exercido pelos Tribunais de Contas, a princípio era meramente formalístico, enfatizando apenas aspectos atinentes à legalidade, no sentido estrito dos atos públicos. Entretanto, tal atuação tem evoluído para novos conceitos de controle, incorporando novas técnicas de auditoria que permitem a apreciação da atuação do gestor público de uma forma mais abrangente, superando a análise formal. A percepção que se tem a partir da Constituição de 1988, com as Emendas que tem recebido, é a de que a esfera de competência dos Tribunais de Contas foi significativamente ampliada de forma que, modernamente, as Cortes de Contas analisam também a boa gestão do ato administrativo, ou seja, fiscalizam o gasto público não só pelo aspecto da legalidade, mas também pelos aspectos de mérito, buscando também a eficiência no gasto do dinheiro público.

Não raro, essa atuação dos Tribunais de Contas encontra resistência por parte dos administradores públicos, que, invocando o princípio da "discricionariedade", alguns até mesmo aludindo à circunstância de terem sido investidos em seus cargos através do voto popular, se opõem ao cumprimento não só das determinações que lhes são impostas para a correção dos atos tidos como ilegais, ilegítimos, antieconômicos ou ineficientes, como também ao cumprimento das penalidades decorrentes.

Dentro do sistema político brasileiro em que a Constituição Federal (CF) delimita em seu art. 2º que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", muito se discutiu onde os Tribunais de Contas estariam inseridos. Em qual dos poderes?

Tal discussão não será objeto deste trabalho, uma vez que o tema se encontra exaustivamente discutido e há o entendimento de que os Tribunais de Contas gravitam entre todos os poderes sem, contudo, pertencer a qualquer deles. Certo é que tal convivência nem sempre tem sido pacífica, ao contrário, com frequência não rara surgem questionamentos quanto aos limites de sua atuação, ou seja, até que ponto estariam, ou não, invadindo a competência reservada aos poderes.

Este trabalho buscará demonstrar a importância do Sistema Tribunais de Contas, conforme concebido por Rui Barbosa e inserido na Constituição Republicana de 1891, como fundamental para a manutenção do chamado sistema de "freios e contrapesos" indispensável para que os poderes se conservem não só independentes, mas harmônicos entre si, conforme quis o constituinte pátrio.

Em seguida, será buscada a delimitação da atuação das Cortes de Contas, ou seja, até onde elas podem atuar, de forma que tal se dê tão-somente no espaço reservado às ações de controle, nos estritos limites traçados pela Constituição Federal.

O entendimento da extensão das competências das Cortes de Controle é de relevante importância, vez que tais se desenvolvem não sobre as atividades típicas de cada Poder, estas expressões da independência fundamental para a manutenção do estado democrático, mas nos efeitos de sua implementação, verificando a gestão dos recursos públicos que devem ser sempre utilizados em prol do interesse e satisfação das necessidades públicas. Esta é uma linha tênue entre o poder-dever que têm os Tribunais de Contas de atuar nesse tipo de controle e a liberdade de opções que tem o agente público na formulação e implementação das suas políticas públicas.

Por outro lado, não se pode deixar de identificar e testar o chamado "poder discricionário", tantas vezes invocado pelos atingidos pelas decisões dos Tribunais de Contas como se fosse um espaço indevassável. Tal verificação será considerada neste estudo, buscando entender a sua possível sobrevivência no moderno arcabouço jurídico onde sobressaem princípios como a inexistência (até mesmo passível de nulidade) dos atos vazios de fundamentação (entenda-se também motivação) e a inafastabilidade da verificação judicial quanto à legalidade dos atos (inclua-se aí a teoria dos motivos determinantes).

Decisões dos Tribunais de Contas que não se delimitam no rol de suas competências centralmente constitucionais não têm exequibilidade, carecem de legitimidade, podem e devem ser desconstituídas pelo Poder Judiciário, não atendem à sua missão constitucional e enfraquecem o regime democrático, porque invalidam o sistema de freios e contrapesos e frustram os anseios da população que anseia pelo controle que visa ao melhor gasto de seus dinheiros.

É imperioso que os Tribunais de Contas tenham o pleno e inequívoco conhecimento da sua missão constitucional, seu fundamento, seus limites, e importância do exercício, de forma legal, legítima e sistemática do controle externo dos atos da Administração Pública, um dos pilares do estado de direito, razão por que este trabalho, em apertada síntese, se propõe a deslindar o seguinte problema. Alguns conceitos precisam ser fixados antes de enfrentar o tema central, que é o possível conflito entre o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e o poder discricionário dos administradores públicos.

CONTROLE

O controle é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da imposição da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem.

Mas também pode haver controle-orientação, o que significa a possibilidade de determinar o conteúdo da conduta alheia, escolhendo os fins que o terceiro realizará e o modo pelo qual se desenvolverá.

Se inexistir dúvida quanto à necessidade do controle sobre as funções do Estado e seus realizadores, o mesmo não se pode afirmar acerca dos meios de torná-lo efetivo, operacional, isento e eficaz. Em breve pesquisa realizada, encontramos mais de uma centena de proposições doutrinárias sobre a expressão controle, na acepção voltada para o exame de atos da administração pública, em obras nacionais, com dezenas de propostas de classificação.

A ação do controle deve evoluir, a partir da estruturação científica inicialmente concebida por Montesquieu, para uma visão mais próxima da realidade atual do Estado e da sociedade, aproveitando a experiência histórica acumulada, suas deficiências e acertos.

Esses controles, conforme seu fundamento, serão hierárquicos ou finalísticos; consoante a localização do órgão que os realiza, podem ser internos ou externos; segundo o momento em que são feitos, consideram-se prévios, concomitantes ou subseqüentes, ou por outras palavras, preventivos, sucessivos ou corretivos; e finalmente, quanto ao aspecto controlado, podem ser de legalidade ou de mérito.

O Brasil adotou o sistema Tribunais de Contas para o exercício do controle externo da Administração Pública, que consiste na existência de um Tribunal independente dos Poderes da República, com jurisdição própria e competências definidas na Constituição da República Fe-

derativa do Brasil. Assim, enquanto esses tratam exclusivamente do exame dos atos e da atividade administrativa, o julgamento final da gestão do governo como um todo continua na restrita competência do parlamento da respectiva esfera de governo.

NATUREZA E FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A improdutividade da rígida tripartição de poderes conduz ao exame das funções do Estado para melhor compreender o papel do Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas não exerce função legislativa formal. Os seus atos carecem da eficácia genérica da lei e não vinculam os Poderes do Estado.

Mais difícil é o problema da função jurisdicional. Não há dúvida de que o Tribunal de Contas, autorizado pela CF a elaborar o seu regimento com a mesma autonomia do Poder Judiciário, exerce alguns atos típicos da função jurisdicional em sentido material, eis que julga as contas dos administradores e responsáveis com todos os requisitos materiais da jurisdição: autonomia, independência, imparcialidade, igualdade processual, ampla defesa, produção plena das provas e direito a recurso.

Esta matéria é de grande complexidade e divergências doutrinárias; entendem alguns não ter o Tribunal de Contas jurisdição. Entretanto, na interpretação dos dispositivos constitucionais (art. 71, II, 71 § 1º e 73), há entendimento de que, mesmo adotando o Brasil o monopólio de jurisdição com os órgãos do Poder Judiciário, as decisões dos Tribunais de Contas são normalmente questionadas apenas quando não for obedecido o direito de defesa pelo órgão de fiscalização das contas ou contiverem ilegalidade manifesta. A regra é a de que o conteúdo da apreciação de contas não tenha revisão — exceto nos casos citados

— até porque, afirmam alguns, tendo os Tribunais de Contas competências precisas e fixadas pela Constituição para exercer o controle e fiscalização das contas públicas e o fazendo na forma da lei, não há motivo para o Judiciário fazê-lo de novo em autêntico *bis in idem*.

Por várias vezes o próprio Poder Judiciário foi instado a decidir a respeito da jurisdição do Tribunal de Contas, sempre decidindo pela competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave, ou manifesta ilegalidade, no julgamento das contas de responsável por haveres públicos; ou ainda: que o ato do Tribunal de Contas que, ao julgar prestação de contas, apura o alcance do responsável pelo dinheiro público é definitivo, porque tal ato é insuscetível de revisão na via judicial, exceto quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta.

As decisões das Cortes de Contas, no Brasil, são expressões da jurisdição; não jurisdição especial ou seguida de qualquer adjetivação que pretenda diminuir sua força, mas apenas jurisdição, à qual se pode, em homenagem ao órgão prolator, referir-se como jurisdição de contas.

Uma vez que o constituinte, repetindo Constituições anteriores, empregou a expressão julgar para algumas deliberações do Tribunal de Contas e, tendo em linha de consideração que, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica, os julgamentos das Cortes de Contas devem ser acatados pelo Poder Judiciário, visto que este não pode rejulgar o que já foi julgado.

DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

O Tribunal de Contas não se insere nos órgãos do Poder Judiciário, detentor de jurisdição *lato sensu*, logo não exerce o controle difuso da

constitucionalidade das leis e atos. Entretanto, no exercício de sua função fiscalizadora e de julgamento de contas, pode o Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade de leis e atos e deixá-los de aplicar, no caso concreto sob exame, quando entender serem os mesmos inconstitucionais, por deferimento do Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Portanto, deve ser analisada a atuação do Tribunal de Contas frente à constatação de inconstitucionalidade de normas vinculadas às suas funções de controle dos atos administrativos.

O controle externo da administração que realizam os Tribunais de Contas no Brasil, na sistemática da Constituição de 1988, é posterior, mas também preventivo. Não abraçou a Constituição de 1988 o registro prévio, que, aliás, já não era exigido na Constituição anterior; mas o controle preventivo dos Tribunais de Contas não só é desejável, é impositivo.

Controle tardio é

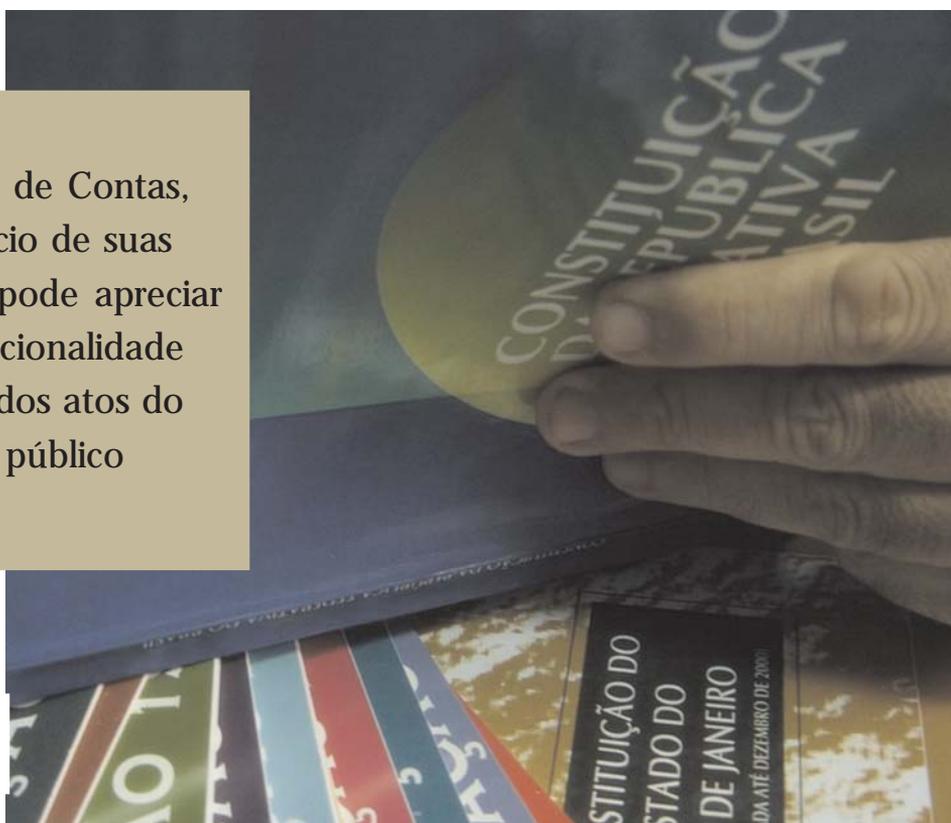
sempre ineficaz.

O controle de constitucionalidade que exerce o Tribunal de Contas insere-se na sua missão institucional e na sua competência constitucional de fiscalizar, a tempo, a aplicação de recursos públicos e a gestão do patrimônio público. Consiste em alertar o Chefe do Poder Executivo que, caso pratique atos com espeque em norma considerada verticalmente incompatível pelo Tribunal de Contas, a Corte considerará irregular o ato.

Na sistemática constitucional atual, em que o Chefe do Poder Executivo Federal e o Chefe do Poder Executivo Estadual ou Distrital (artigo 103, incisos I e III) têm legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, não podem simplesmente deixar de cumprir norma sob alegação de que a consideram inconstitucional. Devem exercer seu direito de ação, provocando o Supremo Tribunal Federal, que decidirá a respeito.

É preciso relevar o aparente paradoxo que se instala porque se, por um lado, o Chefe do Poder Executivo é compelido a deixar de cum-

O Tribunal de Contas,
no exercício de suas
atribuições, pode apreciar
a constitucionalidade
das leis e dos atos do
poder público



prir uma norma por força de decisão do Tribunal de Contas, por outro lado, deve cumpri-la, porque existente no ordenamento jurídico, caso, contra sua constitucionalidade, não se insurja por via de ação direta.

A atuação do Tribunal de Contas, nesse ponto, tem dupla finalidade, ou conseqüência. Num primeiro passo, inibe a prática de atos administrativos fundados em normas manifestamente inconstitucionais. Num segundo momento, a atuação do Tribunal de Contas serve de incentivo para que o Chefe do Poder Executivo, não podendo dar cumprimento à lei, por reconhecê-la inconstitucional, exerça a titularidade que lhe é conferida no artigo 102 da Carta Magna. Evita-se, assim, que norma incompatível com outra que lhe é superior permaneça em vigor, provocando efeitos que, posteriormente, por força de manutenção da ordem jurídica e em obediência à segurança jurídica, acabará por ser preservada. Repita-se, aqui, que, também nesse diapasão, ou o controle exercido pelo Tribunal de Contas é célere e antecipado ou de nada servirá.

A atuação do Tribunal de Contas faz-se sentir, ainda, quando o Ministério Público encaminha decisão da Corte ou cópia de sua representação ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ou ao Ministério Público Federal, e o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República, respectivamente, ajuízam as competentes ações perante o Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

DOS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos — distintos dos poderes políticos — consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à

realização das tarefas administrativas. Dai serem considerados poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional (MEIRELLES, 2004, p.112).

Esse conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos, para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins, pode ser catalogado em várias modalidades, a saber: discricionários, vinculados, hierárquicos, disciplinares, regulamentares ou poder de polícia (CARVALHO FILHO, 2004).

Os poderes da Administração Pública são instrumentos de sua atuação. O seu exercício é lícito, obrigatório e imposto por lei. O poder vinculado é aquele em que a lei prevê uma única conduta possível ao agente diante do caso concreto. Por outro lado, no poder discricionário, a norma fixa vários comportamentos ao agente que deve exercer o juízo de conveniência e oportunidade dentro dos limites legais, sob pena de caracterizar arbitrariedade.

O abuso de poder é o seu exercício ilícito, do qual decorre o excesso de poder em que o agente extrapola a competência legal de sua atuação e ainda o desvio de finalidade em que o agente abandona a finalidade legal de sua atuação.

PODER VINCULADO

A Administração não é liberta da absoluta influência da lei, significando que a sua atuação somente é lícita se conforme ou correspondente ao comando legal. A atividade administrativa será vinculada, assim, se o regramento legal impuser todas ou quase todas as exigências para a atuação, ordenando a competência, a finalidade, o motivo e o objeto de forma impositiva e cogente (ROSA, 2003, p. 63).

PODER DISCRICIONÁRIO

O estudo da discricionariedade da atuação da Administração Pública deve necessariamente começar pela compreensão do princípio da legalidade (FONSECA, 2004).

Na fase do absolutismo, caracterizado pela frase de Luís XIV, "*l'État, c'est moi*", o Rei estava acima da lei, e tudo podia fazer e mandar fazer. Não havia limites para a atuação do monarca, sendo a sua vontade soberana. A partir da ascensão do liberalismo e do deslocamento da soberania para o povo, representado pelo parlamento, a vontade da lei substituiu a vontade do Rei como limite da atuação dos órgãos do Estado (ABREU, 1949).

Hoje, no Brasil, por mandamento constitucional, a atuação da Administração Pública é norteada pelo princípio da legalidade. Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, como decorre do estatuído no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, a Administração só pode fazer aquilo que a lei permite, nos termos do artigo 37 da Carta Política. Como a doutrina já teve a oportunidade de afirmar, a Administração funciona em verdadeiro regime de liberdade vigiada.

Em certas situações, a legislação deixa ao administrador público a liberdade de escolher, dentre algumas alternativas igualmente válidas e legítimas, qual ação deve ser adotada e em qual momento. Daí a noção de discricionariedade da atuação do administrador. Em matéria tributária, por exemplo, o Fisco tem a obrigação legal de exigir o pagamento do tributo, mas há certa margem de discricionariedade no como conferir os fatos declarados pelo contribuinte, no modo de investigar os reais fatos ocorridos e até mesmo no quando iniciar a cobrança, respeitados os prazos máximos estabelecidos em lei.

Portanto, quando se fala em discricionariedade da Administração, ou discricionariedade admi-

nistrativa, não se fala em arbitrariedade. A definição de "discricionário" que consta dos dicionários comuns normalmente é ligada à idéia de caprichoso, arbitrário ou sem limites, noção que não se coaduna com a concepção jurídica acima referida. A discricionariedade da Administração Pública é sempre limitada pela lei. Na realidade, a idéia de discricionariedade administrativa é normalmente ligada à liberdade que a lei atribui ao administrador para apreciar a oportunidade e a conveniência da prática de determinado ato.

Trata-se da faculdade que a lei dá à Administração para apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato, desde que a regra da lei não os estabeleça de antemão. No campo da discricionariedade administrativa, há um juízo subjetivo de oportunidade e conveniência que é exclusivo do administrador. Mas a mesma lei que dá tal faculdade à Administração é que igualmente dá os seus limites, não a simples vontade ou a intenção da autoridade.

LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

Justamente por ser a discricionariedade sempre limitada pela lei, embora se use o termo "ato discricionário", na realidade nenhum ato é totalmente discricionário. O que há é o ato administrativo praticado no exercício de um poder discricionário, maior ou menor, outorgado pela lei.

Assim, mesmo quando presente a discricionariedade, o órgão administrativo terá sempre poderes vinculados quanto a alguns aspectos e discricionários quanto a outros. Daí não existirem atos puramente discricionários, mas apenas atos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados (CAETANO, 1991, p.480). O excesso de detalhamento da lei, por outro lado, torna a Administração rígida, incapaz de se adaptar às necessidades peculiares de cada

caso. O poder discricionário é, assim, uma necessidade para evitar o engessamento da máquina administrativa, dando-lhe exigibilidade de atuação, tudo dentro dos limites tolerados pela lei. Justifica-se plenamente sob um aspecto prático.

Insista-se: a discricionariedade se dá dentro dos limites estabelecidos pela legislação. A discricionariedade volitiva do administrador, ou seja, o poder de ele atuar como melhor entender, só existe se estiver autorizada pela lei e se o seu exercício não ultrapassar os limites previamente estabelecidos pela mesma lei.

Questão interessante, porém, é examinar até

Como dissemos, discricionariedade não pode ser interpretada como liberdade de decidir e de agir. Ao contrário, ela está amarrada ao princípio da legalidade, ou seja, ela só existe nos exatos limites estabelecidos na lei, e o meio de combater o arbítrio é a verificação constante da observância da finalidade legal, o exame dos fatos e dos motivos determinantes da prática do ato administrativo, a fundamentação utilizada e o ato concretamente praticado, para que se impeça que o administrador, sob o manto de estar agindo no uso do poder discricionário, não esteja na realidade agindo abusivamente, em sentido contrário àquele perseguido pela legislação.

Assim, com relação à competência do agente, à validade de sua manifestação, à forma do ato e ao atendimento da finalidade legal, sempre poderá haver a análise do Judiciário, bem como dos órgãos de controle (dentre os quais os Tribunais de Contas), seja o ato discricionário ou vinculado.

Embora um ato possa ser em princípio discricionário, ou seja, a sua prática de uma ou de outra maneira esteja dentro do poder discricionário do agente, sujeito ao seu juízo de conveniência e oportunidade, a ilegalidade poderá se fazer presente de vários modos. Seja a ilegalidade relativa ao próprio agente, em função do eventual abuso de sua competência, seja a ilegalidade referente à finalidade, à forma, ao objeto ou aos

que ponto, ao agir, o administrador tem ou pode ter discricionariedade para interpretar a lei. É a chamada discricionariedade cognitiva, a possibilidade de aplicação da norma jurídica com alguma liberdade pelo intérprete, matéria sobre a qual as opiniões divergem.

motivos, sempre o que estará em questão será o princípio da legalidade, portanto, o ato poderá ser impugnado junto ao Judiciário.

Nessa concepção mais moderna, como afirma, "a verificação dos fatos, da razoabilidade da motivação e da finalidade integram a legalida-



de ou legitimidade em sentido amplo, sem substituição do juízo de valor pelo do juiz" (SOUTO, 2002, p. 358).

Também se tem defendido a possibilidade de aferição da moralidade dos atos administrativos, sempre dentro de conceitos e padrões aceitáveis pelo senso comum.

No entanto, enquanto a análise da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos administrativos parece escorada em *standards* mais objetivamente aferíveis diante de situações concretas, em especial a partir de conceitos desenvolvidos pelas jurisprudências constitucionais norte-americana e alemã, principalmente, e do próprio Supremo Tribunal Federal no Brasil, no exame da constitucionalidade dos atos normativos, o controle judicial dos atos administrativos pelo exclusivo prisma da moralidade parece carecer de parâmetros mais concretos, capazes de garantir a segurança jurídica e impedir a simples substituição do arbítrio administrativo pelo arbítrio judicial, tão ou mais danoso do que aquele.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar (BARROSO, 2003, p. 224).

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legiti-

midade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada.

A decisão "discricionária" do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é "irrazoável", o que pode ocorrer principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

De qualquer modo, os limites impostos à discricionariedade em virtude do princípio da legalidade não podem mais ser entendidos apenas como a observância da letra fria da lei. Também ressaltam como limitações à atuação discricionária do administrador público, em decorrência do sistema jurídico como um todo, a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade, pois não se pode compactuar com favorecimentos espúrios a uns em detrimento de outros (FIGUEIREDO, 1998, p.173). O fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos (MELLO, 2006, p. 921).

Outro limite do qual não se pode afastar é a chamada "Teoria dos Motivos Determinantes", que se baseia no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que ge-

rou a manifestação da vontade. O motivo se conceitua como a própria situação de fato que impede a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.

A aplicação mais importante desse princípio incide sobre os discricionários, exatamente aqueles em que se permite ao agente maior liberdade de aferição da conduta. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada. Se o interessado comprovar que inexistente a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade (CARVALHO FILHO, 2004, p.105).

Nesse sentido, o administrador, ao agir sob o manto da discricionariedade, na realidade estará, sim, praticando um ato eminentemente vinculado. Vinculado ao que a lei determina: seus limites, sua motivação, sua forma, seus objetivos a serem alcançados de forma razoável. Enfim, podemos ousar dizer que o poder discricionário está aprisionado pela lei, e caso esses muros sejam transpostos, surgem, com toda a força, os órgãos de controle, que frente à ilegalidade cometida, muitas vezes sob a forma de abuso de poder, deverão, conforme sua competência, corrigir ou determinar a correção do ato.

CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Com relação ao Poder Judiciário, pelo que já dissemos até aqui, não resta qualquer dúvida quanto a sua competência para apreciar, julgar, decidir com relação aos atos do administrador público, sejam os atos vinculados, quer sejam discricionários. Naqueles, verificando se o agente praticou o ato nos exatos termos de-

terminados pela lei (legalidade estrita) e, nestes, verificando se o ato foi praticado dentro dos limites da lei.

No primeiro caso, estaremos diante de um ato ilegal por descumprimento da lei e, no segundo caso, a ilegalidade também estará no descumprimento da lei, não por não ter o agente operado contra o comando nela contido, mas sim por ter atuado para além do que a lei lhe permitia. Em suma, em qualquer das hipóteses estamos diante de uma ilegalidade.

Firmado aqui tal entendimento quanto à possibilidade de, tanto o ato vinculado quanto o ato discricionário, ser eivado de ilegalidade, portanto sujeitos ao controle judicial, verificamos a seguir a competência dos Tribunais de Contas para, neste caso, exercer a jurisdição que lhe é própria.

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 70, que, entre outros aspectos, a legalidade deverá ser fiscalizada pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e mais adiante, no art. 71, estabelece que o controle externo a cargo do Poder Legislativo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, enumerando nos incisos que se seguem as competências expressas.

Desta forma, se o ato discricionário pode ter a sua legalidade verificada, por tudo já exposto, podemos, desde já, afirmar, sem sobressaltos, que mesmo o ato discricionário, quanto a sua legalidade, está sujeito a todas as formas de controle, não só o interno de cada poder como também o controle externo do Judiciário e dos Tribunais de Contas.

Vale destacar o entendimento sufragado em julgado do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação pelo Presidente do Pretório Excelso, Ministro Celso de Mello, da Suspensão de Segurança nº 1.309-9, ao sustar os efeitos do MS nº 724/98 que impunha ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro uma interdição genérica ao legítimo exercício do

controle externo com a competência para sustar processo licitatório quando eivado de nulidade:

Essa interdição genérica, fundada na liminar mandamental em causa, parece ofender a competência institucional do Tribunal de Contas, por neutralizar, indevidamente, o desempenho da insuprimível atribuição fiscalizadora que, às Cortes de Contas, assiste no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil especialmente se considerarem os paradigmas ético-jurídicos que devem pautar a atuação do Poder Público.

É preciso ter a percepção de que a nova Constituição da República ampliou, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição Republicana de 1891 — que limitava a sua atuação à mera liquidação das contas da receita e despesa e à verificação de sua legalidade (art.89) — foram investidos, agora, de poderes mais amplos que ensejam, em tema de controle externo, a possibilidade de ampla fiscalização das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta, cabendo-lhe, bem por isso, " assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade" (CF, art. 71, IX), sustando, quando for o caso, se não atendidas,

" a execução do ato impugnado . . . " (CF, art. 71, X).

. . .

A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornam-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes — explícitos ou implícitos — que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos.



CONCLUSÃO

No início deste estudo, apresentamos como questão a ser resolvida o possível conflito entre o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas e o poder dos administradores públicos.

Quanto aos objetivos intermediários colocados, apenas confirmamos os axiomas referentes à definição e contornos do controle externo, bem como da fundamentação jurídico-constitucional da atuação dos Tribunais de Contas, cujas competências se encontram inequivocamente enumeradas no texto da Carta Magna de 1988.

Questão mais aprofundada é quanto à sobrevivência do poder discricionário dentro do atual ordenamento jurídico, uma vez que vigente o princípio da "inafastabilidade da jurisdição", segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF art. 5º, XXXV), o que nos leva a entender, a princípio, que a discricionariedade estaria sepultada, uma vez que todo e qualquer ato precisa, necessariamente, ser justificado, motivado (teoria dos motivos determinantes), não sendo aceita a simples justificativa de que "pratiquei o ato porque assim o quis".

Mas ao contrário deste entendimento, demonstramos ao longo deste trabalho que "discricionariedade" não é arbítrio, podendo ser definida, de uma forma simplista, como sendo a faculdade de praticar um determinado ato dentro dos estritos limites traçados pela lei, restando ao agente a opção quanto à conveniência e oportunidade na prática do ato.

Muito embora o agente esteja preso aos demais princípios que regem a administração pública como um todo, a própria lei reservou-lhe, de forma explícita, uma faixa em que a sua atuação depende de seus critérios, de sua avaliação, ou seja, de sua discricionariedade. Obedecidos tais princípios, concluímos quanto à existência e à possibilidade de o administrador público agir dentro do "Poder Discricionário".

Por outro lado, se é a lei que cria e define os limites da discricionariedade, resta claro que somente pode ser aceita a prática de um ato como sendo expressão do poder discricionário, se o mesmo for praticado dentro dos limites impostos pela lei, bem como se a escolha do administrador, dentro das opções possíveis, respeitou os princípios gerais da administração pública e, de forma destacada, a proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, estamos falando de controle de legalidade do ato, mesmo se realizado sob o manto da discricionariedade quanto a conveniência e oportunidade, o que provoca a atuação dos órgãos de controle, conforme demonstrado.

Assim, podemos concluir, sem sobressaltos, que o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas não conflita com o poder discricionário dos

administradores públicos, uma vez que isso se dá tão-somente na verificação se o mesmo foi praticado obedecendo aos limites traçados pela lei que o criou, bem como quanto ao atendimento dos princípios constitucionais e em especial o da legalidade estrita que rege a Administração Pública, não invadindo a reserva discricionária da conveniência e oportunidade que somente pode ser avaliada pelo agente público, de forma individualizada e concreta a cada ato a ser praticado.

Muito embora estejamos concluindo este trabalho com a afirmação que foi feita no parágrafo anterior, entendemos que o problema proposto não pode ser tido como resolvido tão-somente em trabalho acadêmico, mas caso a caso, em que o Tribunal de Contas deve esmerar-se no autocontrole, a ser exercido constante e exaustivamente, a fim de pautar sua atuação de forma vinculada às competências que lhe foram cometidas constitucionalmente, exercendo a fiscalização quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (CF, art. 70), verificando o atendimento dos princípios da administração pública — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37), sendo certo que se tal se der, será defeso ao administrador público opor-se à atuação do Tribunal de Contas, ainda que o ato sob fiscalização tenha sido praticado sob o manto do Poder Discricionário, porque mesmo este poderá ser controlado quanto aos limites e submissão à lei, campo de atuação daquela Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, João Leitão de. A discricção administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.17, jul./set. 1949.
- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL, *Constituição (1988). Constituição da República Federativa*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização Cláudio Brandão de Oliveira. Ed. Roma Victor: Rio de Janeiro, 2004.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almeida, 1991.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FONSECA, Rodrigo Garcia. *Discricioniedade da Administração Pública*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_discricioniedade.pdf> . Acesso em : 21 de abr. 2007
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.