

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Fernando Simões dos Reis

**NOVAS PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA PELO TCU EM AUDITORIAS OPERACIONAIS**

**Porto Alegre
2014**

FERNANDO SIMÕES DOS REIS

**NOVAS PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA PELO TCU EM AUDITORIAS OPERACIONAIS**

**Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Público e
Filosofia do Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel.**

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

**Porto Alegre
2014**

FERNANDO SIMÕES DOS REIS

**NOVAS PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA PELO TCU EM AUDITORIAS OPERACIONAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 17 de Novembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Juarez Freitas
Orientador

Professor Doutor Rodrigo Valin de Oliveira

Professora Mestre Daniela Zago Gonçalves da Cunda

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha família, por ter me dado condições materiais e emocionais de estudar desde a infância, e à minha esposa e melhor amiga, Aline Proença, pelo incentivo de todos os dias. Também com grande consideração, aos colegas do TCU, em especial os da Secretaria de Controle Externo no estado do Rio Grande do Sul, pelo exemplo de dedicação na busca do aperfeiçoamento da gestão pública. Ao professor Juarez Freitas, pelos conhecimentos transmitidos nas várias disciplinas e grupos de estudo nos quais tive o prazer de me fazer presente. À professora Daniela Zago Gonçalves da Cunda, pelas palavras de incentivo e informações importantes para a consolidação deste trabalho. Por fim e em especial, a todos os educadores que me possibilitaram um amadurecimento profissional e acadêmico.

RESUMO

A partir da Constituição Federal de 1988 e, em especial, da Emenda Constitucional n. 19/1998, os tribunais de contas brasileiros iniciaram a realização de auditorias operacionais, que possuem como objetivo a avaliação da eficiência dos programas e atividades governamentais. Em consonância com os objetivos desse novo tipo de fiscalização, o Tribunal de Contas da União (TCU) passou a expedir deliberações a seus órgãos e entidades jurisdicionados com vistas a tornar mais eficiente a aplicação dos recursos públicos federais. No entanto, em respeito à discricionariedade administrativa, a jurisprudência do TCU entende que somente são possíveis deliberações de caráter coercitivo em relação a atos discricionários quando há algum tipo de ilicitude quanto aos elementos vinculados de tais atos, que são a competência, a forma e a finalidade, ou em caso de inexistência do motivo para a sua prática. Na hipótese de serem encontradas irregularidades em relação ao motivo ou ao objeto, que são os elementos não vinculados dos atos, são proferidas apenas recomendações, de implementação não obrigatória, o que por vezes compromete a efetividade de tais decisões. Com o objetivo de tornar essas deliberações mais efetivas, o TCU vem monitorando as recomendações emanadas e exigindo ao menos dos gestores a devida motivação para a sua não implementação. Outra medida que está sendo adotada é a determinação ao fiscalizado que apresente um plano de ação com vistas ao aperfeiçoamento daquela atividade. No entanto, vindo ao encontro das novas tendências do Direito Administrativo, cabe ao TCU uma ampliação da sindicabilidade sobre os atos discricionários nas auditorias operacionais, aplicando o Princípio da Deferência em suas apreciações e adotando os termos de ajustamento de gestão de maneira a induzir uma maior implementação de suas deliberações.

Palavras-chave: Tribunal de contas. Discricionariedade administrativa. Auditoria Operacional. Princípio da deferência. Termo de ajustamento de gestão.

ABSTRACT

Since 1988 Federal Constitution and, in particular, the Constitutional Amendment 19/1998, the courts of audit began to conduct performance audits, which aim to evaluate the efficiency of government programs and activities. In line with the objectives of this new type of control, the Brazilian Court of Audit (BCA) started to issue deliberations to its jurisdictional agencies and entities to make more efficient the federal government expenditures. However, in deference to administrative discretion, the jurisprudence of the BCA understands that only are possible resolutions with coercive character in relation to discretionary acts when there is some wrongdoing with respect to the linked elements of the administrative acts, which are competence, form and purpose, or in case of lack of reason. In the hypothesis of finding irregularities with respect to the reason or to the object, which are not linked elements of administrative acts, are issued only recommendations of optional implementation, which sometimes compromises the efficacy of such decisions. In order to give more effectiveness to your deliberations, the BCA has been monitoring the recommendations and requiring to the public managers at least the proper motivation for their non-implementation. Another measure that is being taken is to determine to the public agents to submit an action plan for the improvement of that activity. Nevertheless, in accordance with the new trends of Administrative Law, BCA needs to expand the control over the administrative discretion in performance audits applying the Principle of Deference in its analysis and adopting the management adjustment agreements as a way to induce a higher implementation of its recommendations.

Keywords: Court of accounts. Administrative discretion. Performance audit. Principle of deference. Management adjustment agreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. FUNDAMENTOS DAS DELIBERAÇÕES DO TCU.....	10
1.1. JURISDIÇÃO DO TCU, APLICAÇÃO DE PENALIDADES E EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES.....	10
1.2. DELIBERAÇÕES DO TCU À LUZ DAS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	14
1.3. SUSTAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS, MEDIDAS CAUTELARES E A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS	17
1.4. AUDITORIAS OPERACIONAIS E A EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES	19
2. O CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	25
2.1. OS ATOS ADMINISTRATIVOS E SEUS ELEMENTOS	25
2.2. DIFERENÇAS ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE	27
2.3. AMPLIAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS	30
2.4. CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS E JURISPRUDÊNCIA DO TCU A RESPEITO	36
3. AMPLIAÇÃO DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM AUDITORIAS OPERACIONAIS	43
3.1. MONITORAMENTO DAS PROPOSTAS AJUSTADAS	43
3.2. ESTABELECIMENTO DE PLANO DE AÇÃO	46
3.3. COGNOSCIBILIDADE DA OPÇÃO MAIS ADEQUADA E O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA	47
3.4. TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO	50
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA.....	67

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, ampliaram-se as competências dos tribunais de contas com vistas ao exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo. Dentre as mais importantes inovações trazidas, está a possibilidade de realização de auditorias operacionais pelas cortes de contas, com fulcro no art. 70, caput da Lei Maior, que foi reforçada pela positivação da eficiência como princípio constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, conforme alteração promovida no art. 37, caput, da Carta Magna.

Em consonância com essa nova atribuição, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem realizando diversas fiscalizações desse tipo com vistas à avaliação dos programas de governo levando-se em conta aspectos ligados essencialmente à sua eficiência em sentido amplo. O resultado desses trabalhos é basicamente a expedição de deliberações com vistas ao aprimoramento da atividade fiscalizada.

No entanto, quando se trata de avaliação da eficiência em relação aos atos administrativos discricionários, nos quais se dá certa margem de escolha ao agente público, o TCU vem dando preferência à expedição de recomendações, que são deliberações de caráter não coercitivo, uma vez que o gestor não está obrigado a implementá-las. Dada essa não coercitividade, muitas vezes os órgãos e entidades optam por não implementar essas orientações, levando a uma diminuição da efetividade da atuação da Corte Federal de Contas.

Em relação a esse ponto, o entendimento jurisprudencial do TCU é que deliberações coercitivas, como as sanções e determinações, só são possíveis em caso de irregularidade relativa aos elementos vinculados do ato administrativo – competência, forma e finalidade – ou nas hipóteses de configuração de desvio de poder ou inexistência do motivo para a prática do ato. Quando há problemas com relação aos elementos discricionários – motivo e objeto, cabe somente a expedição de recomendações, sob o argumento de que não se pode invadir a discricionariedade do administrador, sob pena de desobediência ao princípio da separação de poderes.

No presente trabalho, serão expostas as novas estratégias que o TCU vem adotando no sentido de tornar suas recomendações mais efetivas. Além disso, propor-se-á novas alternativas com vistas a fortalecer as deliberações relativas a auditorias operacionais em consonância com as novas tendências do Direito Administrativo de ampliação do controle da discricionariedade administrativa. Com vistas a atingir esse objetivo, dividir-se-á esta monografia em três capítulos.

Na primeira seção, serão explicitadas as distintas deliberações que o TCU vem proferindo no exercício de suas competências bem como suas respectivas fundamentações legais e jurisprudenciais. Em especial, serão apresentadas a origem e as características das auditorias operacionais e qual o argumento por trás da não coercitividade de suas deliberações.

Na segunda parte, serão expostos os aspectos doutrinários relativos à discricionariedade administrativa com vistas a apontar quais os limites para o a atuação do gestor no exercício de sua competência discricionária. Também será abordada a evolução da doutrina quanto à ampliação da sindicabilidade dos atos discricionários assim como detalhar-se-á o entendimento atual do TCU em relação a essa possibilidade de controle fundamentalmente em fiscalizações do tipo operacional.

No terceiro e último capítulo, serão trazidas as novas estratégias que o Tribunal vem implementando com vistas a ampliar o controle da discricionariedade administrativa nas auditorias operacionais. Também será analisada a possibilidade de se aplicar, nas análises realizadas nesse tipo de fiscalização, o Princípio da Deferência, já utilizado pelo Poder Judiciário para apreciação de questões regulatórias. Por fim, será apresentada a possibilidade de adoção dos termos de ajustamento de gestão como instrumento capaz de tornar mais efetivas as deliberações do TCU com relação à avaliação da eficiência dos programas e atividades fiscalizados.

1. FUNDAMENTOS DAS DELIBERAÇÕES DO TCU

Em sua missão constitucional de exercer o controle externo em auxílio ao Congresso Nacional, o TCU vem expedindo decisões em relação a seus órgãos e entidades jurisdicionados visando o aperfeiçoamento da gestão dos recursos públicos federais. Neste primeiro capítulo, serão apresentados os tipos de deliberações proferidas pela Corte Federal de Contas bem como seus respectivos fundamentos. Serão ressaltadas, principalmente, as diferenças entre as deliberações proferidas em trabalhos de conformidade e aquelas emanadas em sede de fiscalização do tipo operacional.

1.1. JURISDIÇÃO DO TCU, APLICAÇÃO DE PENALIDADES E EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES

A administração pública se vincula ao cumprimento da lei e ao atendimento do interesse público, objetivos maiores do Estado de Direito. Para que se alcance tal fim, torna-se necessário o estabelecimento de mecanismos que possibilitem ao próprio Estado impor e verificar o cumprimento de seus objetivos. Em consequência, surge a noção de controle da administração pública, cuja finalidade é “assegurar que a estrutura formal criada para concretizar os objetivos do Estado, no interesse do bem comum, atue de acordo com o conjunto de princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico”. (TCU, 2010, p. 11)¹

O controle da administração pública constitui-se como um poder-dever dos órgãos aos quais a Constituição e as leis estabelecem competências que visem essa função. A Constituição Federal de 1988 ampliou substancialmente a jurisdição e a competência dos tribunais de contas, pois a tais órgãos foi atribuída uma parcela significativa dessa responsabilidade, conforme o art. 70 da Lei Fundamental:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL, 1988)

¹ Essa publicação do TCU refere-se ao Manual de Auditoria Operacional, instituído por meio da Portaria-Segecex n. 4/2010. Tal documento dá as diretrizes básicas de como devem ser realizadas as auditorias operacionais ou de desempenho no âmbito do TCU.

Ainda que o titular do Controle Externo seja o Poder Legislativo, os tribunais de contas passaram a exercer competências privativas, estabelecidas no art. 71 do texto constitucional, para o exercício do controle externo. Dentre essas competências, destacam-se as estabelecidas nos incisos II e VIII, abaixo transcritos:

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

.....
 II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

.....
 VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; (BRASIL, 1988)

Dessa forma, foi atribuída constitucionalmente aos tribunais de contas a função de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis pela gestão de recursos públicos. Além disso, foi estabelecida a possibilidade de aplicação de sanções em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008, p. 128-131), ainda que o Brasil tenha adotado o sistema de jurisdição única, com fulcro no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que afirma que não será excluído de apreciação pelo Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito”, foram admitidas várias exceções possibilitando a outros órgãos o exercício da função jurisdicional em situações específicas. Uma delas é justamente essa possibilidade de as cortes de contas julgarem as contas dos administradores e demais responsáveis pela gestão de recursos públicos.²

No âmbito do TCU, a Lei 8.443/1992, que é a Lei Orgânica do órgão, definiu, em seu art. 16, que as contas de seus jurisdicionados poderão ser julgadas regulares, regulares com ressalva ou irregulares, conforme abaixo:

² Ainda segundo Jacoby Fernandes (2008, p. 131), o fato de a melhor doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores admitir pacificamente que as decisões dos tribunais de contas, em relação à sua competência de julgar estabelecida constitucionalmente, não podem ser revistas quanto ao mérito reforça a produção de coisa julgada por essas cortes e, portanto, o exercício de jurisdição. Outro fator que corrobora a força judicante é a eficácia de título executivo conferida às decisões de tais órgãos.

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. (BRASIL, 1992)

Em caso de irregularidades de contas, cabe a aplicação de multa pelo TCU. Se for uma irregularidade de que não resulte dano ao Erário, aplica-se ao responsável uma multa com limite máximo, conforme previsão do art. 58 da Lei Orgânica do TCU³. Já se houver lesão aos cofres públicos, o TCU ainda pode aplicar multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário, nos termos do art. 57 do referido diploma legal.

No entanto, no caso de impropriedades ou falhas de natureza formal que não resultem em lesão ao Erário, as contas serão julgadas regulares com ressalva. Nesse caso, o TCU poderá expedir determinações ao órgão ou entidade para que corrija as falhas detectadas, nos termos do art. 208 do Regimento Interno do TCU:

Art. 208. As contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário.

§ 1º O acórdão de julgamento deverá indicar, resumidamente, os motivos que ensejam a ressalva das contas.

§ 2º Na hipótese prevista no caput, o Tribunal dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, se cabível, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes. (TCU, 2011)

Da mesma forma, ao apreciar um processo relativo à fiscalização, conforme no já mencionado art. 70 da Constituição Federal, o TCU poderá determinar a correção de falhas de natureza formal ou outras impropriedades, sem prejuízo do monitoramento do

³ De acordo com o art. 58, o valor máximo da multa aplicável ao responsável por irregularidade sem dano ao Erário é Cr\$ 42.000.000,00, o que equivale atualmente a R\$ 46.551,46, conforme Portaria TCU n. 43/2014, publicada em 13 fev. 2014.

cumprimento das determinações, nos termos do art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução TCU n. 246/2011:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

.....
 II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações; (TCU, 2011)

Em resumo, quando detectada a ocorrência de falhas de natureza formal ou de outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de dano ao Erário, assim como não apurada transgressão à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o TCU expede determinações, impondo ao responsável, ou a quem lhe tiver sucedido, a adoção de medidas para que sejam corrigidas as faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes.

Com fulcro no art. 58, inciso VII, da Lei Orgânica do TCU, existe a possibilidade de multa também em caso de reincidência no descumprimento de determinação do TCU, o que gera a obrigatoriedade de cumprimento pelos gestores de tais deliberações. (BRASIL, 1992)

Considerando que a efetividade das ações de controle depende da adoção das determinações expedidas pelo TCU e que a medida desta efetividade depende do monitoramento destas deliberações, foi editada, no âmbito da Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), unidade interna do Tribunal responsável pelos trabalhos técnicos que irão subsidiar as decisões dos órgãos colegiados, a Portaria-Segecex nº 13/2011, que trouxe as seguintes novidades:

a) reforçou a obrigatoriedade de monitoramento de todas as determinações feitas em decisões do Tribunal;

b) tornou obrigatório o estabelecimento de prazo para cumprimento das determinações, devendo o órgão ou a entidade para o qual foram feitas as deliberações efetuar a comunicação das providências adotadas;

c) em casos mais complexos, o órgão ou a entidade deve ao menos apresentar plano de ação com vistas a sanear o problema verificado;

d) no caso de falhas formais ou impropriedades menos graves, relativas a descumprimento de leis, normas ou jurisprudência, que, pela ausência de gravidade, não tenham ensejado proposta de aplicação de multa nem de determinação, são expedidas apenas ciência aos responsáveis pelo órgão ou entidade.

Pelo exposto, pode-se dizer que a expedição de determinações pelo TCU vem ao encontro da sua competência constitucional de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, conforme previsto no art. 71, inciso IX, da Carta Magna.

1.2. DELIBERAÇÕES DO TCU À LUZ DAS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito vem passando por uma profunda transformação nas últimas décadas decorrentes do crescimento de concepções democráticas. Tal transformação foi coroada em nosso país com o advento da Constituição de 1988, que consagrou o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela presença de direitos e garantias fundamentais que devem ser defendidos pelas instituições brasileiras. O Direito Administrativo, em consequência dessa evolução, deixou de se caracterizar pela obediência restrita a leis e regulamentos e passou a ser regido por princípios e valores constitucionais com vistas a garantir esses novos valores estabelecidos.

Para Marçal Justen Filho (2014, p. 105), tal processo poder ser considerado como a constitucionalização do Direito Administrativo, de forma a propiciar efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior. A interpretação jurídica das instituições do Direito Administrativo, portanto, deve ser realizada de acordo com os valores constitucionais estabelecidos.

A respeito da constitucionalização do Direito Administrativo, Ruy Cirne Lima já afirmava em sua clássica obra “Princípios do Direito Administrativo” a importância da Constituição como fonte primária dessa disciplina. Para esse autor, a Constituição “é a

fonte mais importante do Direito Administrativo” (2007, p. 73) e, na medida que é considerada fonte originária, basta por si mesma.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 29), a consequência dessa transformação foi um alargamento do princípio da legalidade, pois a Administração Pública passou a se submeter a outros princípios e valores. Segundo essa autora, com o advento da Constituição de 1988, optou-se pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, passando o Estado a ter o dever de obediência à lei não apenas em seu sentido meramente formal, mas ao Direito como um todo, abrangendo todos os valores inserido na Carta de forma explícita ou implícita

Já para Juarez Freitas (2013, p. 60), tal mudança resultou, no campo do Direito Administrativo, na relativização do princípio da estrita legalidade e a consequente evolução para a legalidade temperada, que considera que o princípio da legalidade só faz sentido quando sofra interação com os demais princípios e direitos fundamentais, em obediência aos pressupostos do Estado de Direito.

Em análise à jurisprudência do TCU, mesmo que a aplicação de multas aos seus jurisdicionados e a expedição de determinações a órgãos e entidades ainda estejam ligadas ao descumprimento de leis e regulamentos, existem diversos casos em que tais deliberações se insurgem contra a desobediência a princípios constitucionais da Administração Pública. Tais decisões vêm ao encontro das tendências atuais do Direito Administrativo.

No exemplo abaixo, o Acórdão 5351/2009 – 2ª Câmara condenou o responsável à devolução de valores em decorrência da utilização indevida de diárias e passagens em finais de semana sem a devida motivação, em desconformidade com os princípios da moralidade e da eficiência.

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas "d"; 19, caput; 23, inciso III; todos da Lei nº 8.443/92, rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pelo responsável, Sr. Gastão Wagner de Sousa Campos (CPF nº 116.419.161-68), e julgar irregulares suas contas, reduzindo o débito inicialmente apurado pelo Tribunal, condenando-o ao recolhimento das quantias a seguir discriminadas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data da efetiva quitação dos débitos, fixando-lhe o prazo de

quinze dias para comprovar o recolhimento, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 214, inciso III, alínea "a", do RI/TCU, em razão de ter sido beneficiário da concessão de diárias e passagens em finais de semana, para sua cidade de origem, sem a devida comprovação de justificativa, agindo em desacordo com o § 3º do art. 6º do Decreto n.º 343/1991, revogado pelo Decreto Nº 5.992/2006 mas vigente à época dos fatos, bem como aos **Princípios da Moralidade Administrativa e da Eficiência** previstos no art. 37 da Constituição Federal; (grifo nosso)

Outro exemplo são as determinações proferidas pelo TCU às entidades do Sistema “S” a respeito da forma de admissão de pessoal⁴. Segundo jurisprudência pacífica dessa Corte de Contas, mesmo que tais entidades não estejam obrigadas legalmente a realizar concurso público, as contratações de pessoal dos serviços sociais autônomos devem ser realizadas mediante processo seletivo que utilize critérios objetivos de seleção de pessoal, assegurando os princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, moralidade, finalidade e igualdade, abstendo-se de adotar critérios subjetivos, tais como pesquisa de referências, entrevistas e análise curricular. Um exemplo de decisão nesse sentido é o Acórdão 588/2010 – 1ª Câmara, que fez a seguinte determinação.

9.5. determinar ao Senac/PI que:

.....
9.5.2. adote processo seletivo na admissão de pessoal, em observância aos **princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, isonomia e publicidade**, em conformidade com o art. 37 da Constituição Federal e com a jurisprudência do TCU (Acórdãos ns. 2.305/2007 e 369/2009, ambos do Plenário); (grifo nosso)

Um último exemplo é a aplicação de penalidades pelo TCU em casos de fraude à licitação caracterizada pela participação de empresas com sócios em comum ou com relação de parentesco em certames licitatórios. Apesar de não haver vedação legal específica a tal prática, o TCU tem aplicado multas aos gestores com base no descumprimento dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, além do descumprimento do princípio da probidade administrativa estabelecido no art. 3º da Lei 8.666/1993. Em relação à isso, cabe mencionar trecho do voto do Acórdão 1047/2012 – Plenário, de autoria da Ministra-Relatora Ana Arraes, que

⁴ Os serviços sociais autônomos, conhecidos também como as entidades do Sistema “S”, estão sujeitas à fiscalização do TCU, pois, apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado e não pertencerem à Administração Pública, recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, com fulcro na previsão do art. 5º, inciso V, da Lei 8.443/1992.

aplicou multas aos membros da Comissão Permanente de Licitação do Município de Alexandria/RN, além de declarar a inidoneidade das empresas participantes da licitação⁵.

12. Também não há como afastar a responsabilidade da Comissão de Licitação pelos atos praticados, uma vez que esta tem o dever de zelar pelo interesse público e pelas normas legais, notadamente aquelas previstas na Lei nº 8.666/93.

14. Vale mencionar que a discricionariedade na seleção dos convidados é limitada pelos princípios da Administração Pública. Nesse sentido, a faculdade de escolha dos destinatários do convite deve ser exercida com cautela em face dos riscos de ofensa à moralidade e à isonomia.

17. Apesar de não haver vedação legal à participação de empresas geridas por pessoas com relações de parentesco, não atende ao **princípio da moralidade** a realização de um convite em que as únicas empresas participantes possuem sócios em comum. Nessa hipótese, há afinidade pessoal suficiente para afastar o ânimo de competição comercial que supostamente possa existir. (grifo nosso)

Por fim, ressalta-se que, nesse derradeiro exemplo, foi alvitrada inclusive a possibilidade de controle de ato discricionário levando-se em conta os princípios da Administração Pública. A análise a respeito dessa possibilidade será melhor desenvolvida no Capítulo 2 deste trabalho.

1.3. SUSTAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS, MEDIDAS CAUTELARES E A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Além da possibilidade de aplicação de penalidades, como a declaração de inidoneidade de licitante e da aplicação de multas, e de expedir determinações aos órgãos e entidades jurisdicionados, como já mencionado, os tribunais de contas podem sustar atos administrativos em caso de irregularidade grave, com fulcro no art. 71, inciso X, da Constituição Federal.

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; (BRASIL, 1988)

No caso de irregularidades em contratos, cabe às cortes de contas comunicar o fato ao Poder Legislativo para que adote as medidas cabíveis, nos termos do art. 71, § 1º.

⁵ Conforme art. 46 da Lei 8.443/1992, outra penalidade passível de aplicação pelo TCU em caso de fraude comprovada à licitação é a declaração da inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. Em caso de a irregularidade ser considerada grave pela maioria do colegiado, também há a possibilidade de o TCU determinar a inabilitação do responsável para ocupação de cargo em comissão ou função de confiança pelo período de cinco a oito anos, com fulcro no art. 60 desse mesmo diploma legal.

Se não forem adotadas as medidas pertinentes para a sustação do contrato em noventa dias, os tribunais de contas decidirão a respeito, conforme previsão do art. 71, § 2º, da Magna Carta.

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

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. (BRASIL, 1988)

Ressalta-se que a sustação de atos administrativos pelos tribunais de contas se dá, em grande parte das vezes, por meio de concessão de medidas cautelares. De acordo com o entendimento de Juarez Freitas e Hélio Saul Mileski (2013, p. 107-108), constatado previamente que o ato poderá produzir dano irreparável ou de difícil reparação ao interesse público, podendo inclusive acarretar dano ao erário, caberá aos tribunais de contas, diante da existência dos requisitos do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, a expedição de medida cautelar com vistas à suspensão do ato analisado até que seja prolatada decisão definitiva sobre a matéria.

Mesmo que a possibilidade de expedir liminares não esteja prevista expressamente em lei ou na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu o poder geral de cautela às cortes de contas com base na Teoria dos Poderes Implícitos⁶, o que possibilitou a introdução do art. 276 no Regimento Interno do TCU, abaixo transcrito:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992. (TCU, 2011)

⁶ Ressalta-se que a Teoria dos Poderes Implícitos foi desenvolvida de forma pioneira pelo direito constitucional norte-americano e teve como seu primeiro precedente o pronunciamento da Suprema Corte no caso ocorrido em 1819 *McCulloch v. Maryland*. Segundo o constitucionalista estadunidense Louis Fischer, na obra clássica “*Constitutional Conflicts between Congress and the President*” (1997, p. 14), existe um conjunto de poderes previstos que não estão expressamente declarados no texto constitucional nem mesmo concedidos pelo Poder Legislativo. Tais poderes são criados pelo costume e pelo consentimento e são observados no trabalho real do governo.

Segundo a jurisprudência do STF, a atribuição de poderes explícitos aos tribunais de contas, tais como os enunciados no art. 71 da Magna Carta, supõe que lhes seja reconhecido, ainda que de forma implícita, a titularidade de meios que se destinem a viabilizar a adoção de medidas cautelares destinadas a conferir efetividade real às suas decisões finais. Dessa forma, as cortes de contas possuem o poder de neutralizar situações lesivas, atuais ou iminentes, ao erário público, desde que no exercício de suas competências constitucionais, tais como a paralisação imediata de certames licitatórios e concursos públicos.

Um exemplo de jurisprudência do Pretório Excelso nesse sentido é o julgamento do MS 24.510/DF, do qual cabe mencionar as elucidativas considerações feitas pelo Ministro Celso de Mello em seu voto:

[...] a atribuição de poderes explícitos, ao tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Conforme Eduardo Fortunato Bim (2006, p. 9-10), a possibilidade de os tribunais de contas também contarem com poderes implícitos se dá pelo fato de serem órgãos constitucionalmente autônomos, possuindo competências privativas, ainda que no texto da Constituição esteja dito que exercem o controle externo em auxílio ao Poder Legislativo. Em função dessa posição privilegiada de receber diretamente da Magna Carta quase todas as suas funções institucionais, estão em uma posição privilegiada na teoria da separação dos poderes e no nosso sistema constitucional, gozando dos meios que não lhes sejam vedados pela Lei Fundamental para cumprir seus objetivos.

1.4. AUDITORIAS OPERACIONAIS E A EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÕES

Uma das formas de exercício do controle externo pelos tribunais de contas é por meio da realização de auditorias operacionais, conforme previsão do art. 71, inciso IV, da 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:

.....

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e **auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional** e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; (BRASIL, 1988)

Auditoria operacional pode ser definida como a modalidade de fiscalização que tem como objetivo avaliar a performance da gestão governamental em relação a determinado programa ou atividade de governo com vistas ao seu aperfeiçoamento por meio do estabelecimento de mecanismos de responsabilização por desempenho, contribuindo para a melhoria da gestão pública em termos de efetividade, economicidade, eficácia e eficiência.

A emissão de recomendações pelas cortes de contas a seus jurisdicionados tem sua origem intrinsecamente ligada à possibilidade da realização de auditorias operacionais. No âmbito do TCU, por exemplo, tal possibilidade é reforçada no art. 38, inciso I, de sua Lei Orgânica (Lei n. 8.443/1992).

Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal:

I - realizar por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal; (BRASIL, 1992)

Primeiramente, cabe diferenciar os tipos de auditoria realizados pela Corte Federal de Contas. O Regimento Interno do TCU define as três modalidades de auditoria em seu art. 239:

Art. 239. Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I – examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;

II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados;

III – subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro. (TCU, 2011)

Os tipos definidos nos incisos I e III se incluem no conceito de auditoria de conformidade, que basicamente tem como objetivo o exame de legalidade e de legitimidade dos atos de gestão em relação a padrões normativos expressos em normas técnicas ou jurídicas bem como em regulamentos aplicáveis. São auditorias que

tradicionalmente se realizam no âmbito dos tribunais de contas brasileiros desde sua criação⁷.

Já o tipo de auditoria definido no inciso II, classificada como operacional ou de desempenho, tem estreita relação com a elevação da eficiência a princípio constitucional⁸ e a conseqüente necessidade de criação de instrumentos e de uma metodologia específica que possibilitassem a sua mensuração, avaliação e acompanhamento ao longo do tempo.

Conforme previsão constitucional, essa auditoria governamental do tipo operacional cabe aos órgãos de controle interno e externo e é uma das áreas de conhecimento onde se discutem a aplicação prática dos conceitos de eficiência e seus correlatos. A respeito disso, cabe trazer trecho da obra de Benjamin Zymler:

Ademais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência foi erigido à norma constitucional. Por conseguinte, compete também ao Tribunal verificar se as entidades sujeitas ao seu poder controlador atuam de forma eficiente.

Frise-se, ademais, que a Constituição Federal expressamente atribuiu ao Tribunal o poder de realizar auditoria de natureza operacional, nos termos do art. 71, inciso IV. O objetivo desse tipo de auditoria vai muito além do mero exame de regularidade contábil, orçamentária e financeira. Intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei, e tem por fim examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia. (ZYMLER, 2005, p. 323-324)

Cláudio Thomas afirma em seu estudo que houve notável influência em nosso país do modelo de auditoria governamental implantado no Reino Unido, quando da reforma do aparelho estatal promovido pelo governo Thatcher na década de 80. O ponto inicial dessa reestruturação foi a edição do *National Audit Act* de 1983, que criou o *National Audit Office* e reestruturou as funções de controladoria e auditoria nesse país. (THOMAS, 2010, p. 65)

⁷ Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, foi criado o TCU por meio do Decreto nº 966-A. Segundo esse decreto, a Corte de Contas deveria nortear-se pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia. No entanto, o TCU foi institucionalizado definitivamente apenas na Constituição de 1891, a primeira republicana, que inscreveu em seu art. 89: “instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.”

⁸ O princípio constitucional da eficiência foi incluído no caput do art. 37 da Lei Maior por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Nessa reforma, surgiu o conceito de “*value for money audit*”, que posteriormente seria introduzido no ordenamento jurídico pátrio com o nome de auditoria operacional. Esse tipo de auditoria tem como base a avaliação da eficiência, eficácia e economia, conforme dispõe o item 6 do National Audit Act, de 1983⁹:

PARTE II

Exames de Economicidade, Eficiência e Efetividade

6. (...)

(1) O Controlador e o Auditor-Geral poderão proceder ao exame de economicidade, eficiência e efetividade em relação a qualquer departamento, autoridade ou órgão governamental que tenha aplicado seus recursos no exercício de suas funções.¹⁰ (UNITED KINGDOM, 1983, tradução nossa)

Seguindo essa tendência, o Manual de Auditoria Operacional do TCU define auditoria operacional como o “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”. (TCU - SEGECEX, 2010, p. 11)

O referido manual delimita também os conceitos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. A economicidade, por exemplo, é definida como “a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade” (TCU – SEGECEX, 2010, p. 11). Refere-se, portanto, à capacidade de uma instituição gerir de maneira adequada seus limitados recursos.

Eficiência, por sua vez, é conceituada como “a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade”. Nesse

⁹ Cláudio Thomas informa que, mesmo que o modelo britânico tenha sido o que mais influenciou as avaliações da eficiência, eficácia e economia em nosso país na utilização de recursos públicos, o Reino Unido não foi pioneiro nesse tipo de mensuração. O primeiro país a iniciar tal tipo de avaliação foi a Alemanha, que já no século XIX incluía a noção de eficiência na verificação da legalidade e regularidade da despesa pública. (THOMAS, 2010, p. 67)

¹⁰PART II

Economy, Efficiency and Effectiveness Examinations

6. (...)

(1) *The Comptroller and Auditor General may carry out examinations into the economy, efficiency and effectiveness with which any department, authority or other body to which this section applies has used its resources in discharging its functions.* (UNITED KINGDOM, 1983)

sentido, pode-se afirmar que possui duas perspectivas: minimização dos custos gerados para a produção de uma determinada quantidade de produto em um nível específico de qualidade ou maximização da combinação de insumos para obter essa mesma quantidade e qualidade do produto.

Já a eficácia é definida como “o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados”. Nesse sentido, a definição de eficácia tem relação à capacidade do órgão ou entidade de prover bens ou serviços de acordo com o estabelecido no planejamento de suas ações.

Por último, a efetividade refere-se à “relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção”. Em outras palavras, a efetividade mensura a ocorrência de alterações na população-alvo que se poderia de forma razoável serem atribuídas às ações do programa ou intervenção realizados.

Ainda que existam diferenças entre tais conceitos, afirma Thomas que o exame de tais aspectos em conjunto está relacionado com uma visão mais ampla de eficiência, que está intimamente ligada com o chamado direito fundamental à boa administração pública (THOMAS, 2010, p. 76-77), desenvolvido de forma inédita no direito brasileiro por Juarez Freitas, que o conceitua da seguinte forma.

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2014, p. 21)

Celso Antônio Bandeira de Mello enaltece o entendimento de Freitas em sua doutrina, reforçando que tal ideia tem origem no direito italiano, mais especificamente na obra de Guido Falzone (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 122-123). Nesse sentido, o princípio da eficiência pode ser entendido como uma nova faceta do princípio da boa administração desenvolvido por esse autor italiano e consiste em desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, oportuno e adequado aos fins almejados, em

virtude da escolha dos meios e da ocasião mais oportunos e idôneos para o alcance dos objetivos.

Uma característica marcante das auditorias operacionais é que, seguindo o modelo britânico, quando detectado algum problema em relação à eficiência dos gastos públicos, o Tribunal emana recomendações de providências ao órgão ou entidade auditado. Tais recomendações são objeto de monitoramento pelas unidades técnicas do TCU, nos termos do art. 250, inciso III, de seu Regimento Interno:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

.....
III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações; (TCU, 2011)

Em geral, tais recomendações visam a adoção de providências pelos gestores no sentido de tornar o gasto público mais eficiente, pois entende-se que há oportunidades de melhoria. No entanto, ao contrário das determinações, que na maior parte das vezes são proferidas em trabalhos de conformidade, não são de implementação obrigatória, não havendo aplicação de penalidades em caso de descumprimento pelos responsáveis, o que por vezes compromete a efetividade dessas decisões.

O principal argumento que sustenta essa não obrigatoriedade é a de que a implementação das recomendações é da discricionariedade do administrador, não sendo possível o TCU invadir a liberdade do gestor público em adotar a solução adequada conforme seu juízo de conveniência e oportunidade. Assim, entende-se que o TCU não pode expedir determinações nesse tipo de trabalho, sob pena de infringência ao princípio da separação dos poderes.

No próximo capítulo, será detalhada a teoria acerca da possibilidade de controle da discricionariedade, atendo-se à evolução do entendimento a respeito da sindicabilidade dos atos discricionários tanto pelo Poder Judiciário como pelos tribunais de contas em consonância com as tendências do novo Direito Administrativo.

2. O CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Nesta parte, será introduzido o conceito de ato administrativo bem como os elementos que o constituem com vistas à diferenciação entre atos vinculados e discricionários. A seguir, introduzir-se-á o entendimento atual acerca da sindicabilidade da discricionariedade administrativa a partir da evolução dos conceitos no campo do Direito Administrativo bem como a jurisprudência atual do TCU a respeito, tanto em trabalhos de conformidade como em auditorias operacionais.

2.1. OS ATOS ADMINISTRATIVOS E SEUS ELEMENTOS

Dentro da doutrina administrativista, há diversos conceitos de ato administrativo. Neste trabalho, utilizaremos o conceito de Juarez Freitas, abaixo transcrito, por entendê-lo mais completo para o que aqui se deseja expor.

Caracterizam-se os atos administrativos como atos jurídicos emitidos por agentes públicos lato sensu (incluídos os que atuam por delegação), no exercício de atribuições específicas (inconfundíveis com os jurisdicionais e legislativos), cuja regência há de ser imantada por princípios e objetivos de envergadura constitucional. (FREITAS, 2013, p. 331)

Tal conceito traduz a ideia do ato administrativo como uma espécie de ato jurídico, pois tem a aptidão de produzir efeitos no universo fático-jurídico. Além disso, expõe que se trata de um ato unilateral da Administração Pública ou de quem a represente. Outras características que se depreendem é a sua natureza infralegal, além da possibilidade de controle pelos órgãos competentes, pois está limitado à observância do disposto em lei e na Constituição.

O art. 2º da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), ao mencionar os atos nulos, faz referência aos cinco elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade¹¹. Ainda que haja divergência na doutrina a respeito dos elementos constitutivos do ato administrativo, adotaremos a referida classificação.

Com relação à competência, afirma Lucas Rocha Furtado que a entidade ou órgão deve receber atribuição por lei para a prática do ato (2012, p. 208). A competência,

¹¹ Conforme o art. 2º da Lei n. 4.717/65, “são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

portanto, somente pode ser determinada pela norma, sendo irrenunciável, salvo os casos em que a norma dispuser sobre a possibilidade de delegação ou avocação.

Já a forma é conceituada por Maria Sylvia Di Pietro como o “[...] revestimento exterior do ato ou modo como a declaração se exterioriza [...]” (2012, p. 75). Segundo a doutrina dominante, a obediência à forma não deve ser entendida de forma rígida, sendo exigida, em regra, a forma escrita, para que os atos sejam devidamente documentados e passíveis de verificação, conforme preceitua o art. 22, caput e § 1º da Lei n. 9.784/99¹². A exceção é quando a lei exige expressamente determinada forma (portaria, regulamento, ordem de serviço, etc). Normalmente, a exigência de formas determinadas se faz quando estão envolvidos direitos dos administrados, como no caso de um processo disciplinar ou um concurso público.

O terceiro elemento, o objeto ou o conteúdo do ato administrativo, é definido por Di Pietro como “[...] o efeito jurídico imediato que o ato produz” (2012, p. 74). Como exemplos de efeitos jurídicos, podemos citar a homologação de certame licitatório, a aplicação de penalidade prevista em lei ou a nomeação de candidato previamente aprovado em concurso público.

O penúltimo elemento, o motivo, é definido por Di Pietro como “[...] o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo” (2012, p. 77). Ainda segundo essa autora, pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias ou situações fáticas que dão ensejo à realização do ato pela Administração. Pressuposto de direito, por sua vez, é o fato descrito na lei que serve como fundamento para a prática do ato.

A respeito desse elemento, deve-se ressaltar que não se deve confundir motivo com motivação. Segundo Marçal Justen Filho (2014, p. 405), o motivo está relacionado a um processo mental que o agente deve realizar no sentido de conjugar os fatos do mundo externo com o direito. Já a motivação nada mais é do que a exposição, a exteriorização

¹² De acordo com o art. 22, caput, da Lei 9.784/99, “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.” Já o § 1º desse mesmo comando legal determina que “os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.”

dos motivos e está relacionada à forma. Para esse autor, a motivação teria como um dos objetivos propiciar o controle quando à regularidade do ato.

Nessa mesma linha de raciocínio, Luis Manoel Fonseca Pires aponta que é exatamente a motivação do ato que vai permitir ao controle judicial avaliar se houve atuação fora dos limites legais, visto que “[...] a fundamentação adequada revela que a Administração age nos limites de sua competência” (2009, p. 204). Por outro lado, a fundamentação inadequada ou inexistente pode indicar que o ato foi praticado de forma arbitrária, sendo passível de invalidação.

O último elemento, a finalidade, é justamente o resultado que a Administração busca alcançar com a realização do ato. Di Pietro, assim como diversos administrativistas, identificam duas dimensões em relação a esse elemento, sendo uma mais ampla e outra mais restrita (2012, p. 79-80). A primeira é a que considera que todo ato administrativo deve buscar o interesse público. Já a segunda indica que cada ato deve ter um fim específico, conforme definido em lei.

Por fim, com relação aos dois últimos elementos mencionados, pode-se dizer que o motivo e a finalidade resultam na formação da vontade da Administração. Nas palavras de Di Pietro, “diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade)” (2013, p. 198). Um exemplo que poderia ser citado é a demissão de servidor público por inassiduidade habitual, conforme previsão do art. 132, inciso III, da Lei 8.112/90¹³. O motivo seria a inassiduidade e o objeto a demissão propriamente dita. A finalidade, em seu sentido estrito, seria a punição, conforme previsto no art. 127, inciso III, da mencionada lei, e, em seu aspecto amplo, o atendimento ao interesse público.

2.2. DIFERENÇAS ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Segundo Di Pietro (2012, p. 61-62), diante do estabelecimento do princípio da legalidade como um dos alicerces do Estado de Direito, os poderes exercidos pela

¹³ O art. 132 da Lei 8.112/90 define as hipóteses de aplicação da demissão: “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] III – inassiduidade habitual”. Já o art. 127 dessa norma indica a demissão como um dos tipos de penalidade disciplinar: “Art. 127. São penalidades disciplinares: [...] III – demissão”.

Administração Pública são limitados pela lei com a finalidade de impedir a atuação abusiva e arbitrária dos agentes públicos. Nesse sentido, afirma que o princípio da legalidade é fundamental para garantir o equilíbrio entre os poderes exercidos pelas autoridades e os direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Di Pietro expõe que tal limitação pode atingir todos os aspectos de determinada atividade prevista em lei. Nessa situação, o poder da Administração será vinculado, pois a lei não deixa opções. Isso ocorre quando a norma estabelece que, diante de certos pressupostos, o Poder Público deve agir de uma determinada forma. Assim, diante de um poder vinculado, poderia ser objeto de correção judicial a não obediência ao que está prescrito em lei.

No entanto, completa a autora que em outros casos a norma não abrange todos os aspectos da atuação administrativa, deixando certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto. O administrador, nesses casos, poderá optar por uma dentre as soluções possíveis, desde que sejam válidas perante o direito. Diante dessas circunstâncias, o poder da Administração será discricionário, pois a escolha da solução será baseada em critérios de mérito, como oportunidade, conveniência, justiça e igualdade¹⁴.

Ressalta-se que, ainda que exista diferença entre discricionariedade e vinculação, conforme exposto, não se pode falar em atos plenamente vinculados ou plenamente discricionários. Na lição de Freitas (2014, p. 59-60), o que existe, na verdade, é uma diferença com relação à intensidade de subordinação à legalidade estrita. Assim, os atos administrativos vinculados propriamente ditos seriam aqueles que possuem mais intenso condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos nos normativos, com escassa margem de liberdade com relação à determinação do conteúdo das disposições. Já os atos

¹⁴ Ao contrário desse entendimento dominante de discricionariedade que enfatiza a noção de “poder discricionário”, Bandeira de Mello prefere uma visão de que tal conceito se coaduna mais com o dever de alcançar a finalidade legal, uma vez que o administrador está submetido à lei. Para esse autor, “[...] os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir seu dever [...]” (2007, p. 15). Portanto, entende que há antes um dever discricionário do que um poder discricionário. Pires também ressalta a inexistência de poder discricionário, pois tal definição poderia levar a uma interpretação da discricionariedade como potência imune à fiscalização. Para esse autor, a discricionariedade tem relação com “[...] a noção de competência que estabelece a medida e a definição dos poderes” (2009, p. 135). Por fim, Justen Filho também não se coaduna com a noção de discricionariedade como poder. Para ele, discricionariedade se caracteriza como uma atribuição do dever-poder para que o administrador decida segundo a melhor solução no caso concreto, respeitados os limites do ordenamento jurídico (2014, p. 244).

de discricionariedade vinculada à íntegra dos princípios e direitos fundamentais seriam os que o agente público deve praticar mediante juízos de conveniência e oportunidade na busca da melhor alternativa, que nem sempre é a única, devendo apresentar motivação aceitável para sua escolha.

A justificativa para a existência da discricionariedade nas normas jurídicas é o fato de que, em diversas situações, apenas no caso concreto poderá ser identificada a solução mais adequada que atinja a finalidade da norma, seja em seu sentido amplo, seja em seu sentido restrito. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 32-36), não teria sentido se a lei, podendo escolher entre uma solução ótima ao interesse público e uma solução sofrível, ficasse indiferente entre tais opções.

Ainda que exista certa liberdade para o agente público quando da existência de discricionariedade, a doutrina é uníssona no sentido de que existem limitações ao exercício do poder discricionário. Ruy Cirne Lima já mostrava preocupação nesse sentido. Para ele (2007, p. 243-244), a discricionariedade tem sua intensidade reduzida dentro do Estado de Direito, pois a liberdade conferida pela lei ao administrador deve ser realizada com vistas a satisfazer os valores consagrados no sistema legal. Ressalta ainda que a discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade, pois a discricionariedade “se exerce dentro do direito” enquanto a arbitrariedade “contraria o direito”.

José dos Santos Carvalho Filho também defende o distanciamento entre discricionariedade e arbitrariedade, pois, segundo ele, “a liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei” (2013, p. 53). Nessa mesma linha de pensamento, Di Pietro afirma que a arbitrariedade “é a liberdade de ação que ultrapassa os limites traçados pela lei” (2012, p. 62).

O pensamento de Jessé Torres e Marinês Restelatto Dotti também se coaduna com essa ideia. Na visão desses autores (2013, p. 59-60), quando existente uma diversidade de opções baseada na discricionariedade, a escolha deve ser feita segundo as circunstâncias e os meios de que disponha, em harmonia com prioridades e objetivos de interesse público. Dessa forma, concluem que deve haver razoabilidade na eleição da opção a ser adotada, pois deve haver uma relação entre adequação, necessidade e proporcionalidade.

Portanto, conclui-se que a discricionariedade deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos no direito, sob pena de a Administração Pública atuar de forma arbitrária. Nas palavras de Freitas,

A Discricionariedade, no Estado Democrático (quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais), está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se converter em arbitrariedade proibida e solapar as bases indispensáveis à liberdade de conformação do Direito. (2013, p. 359)

2.3. AMPLIAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Segundo a evolução do Direito Administrativo, conforme já mencionado no capítulo anterior, vem se ampliando a possibilidade de controle judicial sobre o exercício da discricionariedade administrativa, pois o Estado passou a estar submetido não apenas à lei mas também aos valores inseridos na Constituição. A respeito disso, cita-se trecho da obra de Freitas.

Tudo considerado, a discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, encontra-se vinculada ao direito fundamental à boa administração pública, sob pena de serem solapados os limites à liberdade de conformação. Toda discricionariedade administrativa precisa guardar referência às prioridades do sistema constitucional: a liberdade é conferida para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la. Nesse sentido, não se admite a mera faculdade. A liberdade, se e quando exercida como negação dos princípios fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência – e, como tal, supressora da discricionariedade legítima. (FREITAS, 2014, p. 172)

Contudo, cabe esclarecer de que forma pode se dar esse controle. Segundo a doutrina clássica, ao Poder Judiciário cabia exercer apenas um controle de legalidade em relação aos atos administrativos em geral, cabendo uma avaliação se a lei foi cumprida. Com efeito, caberia, além do controle dos atos vinculados, a fiscalização dos elementos vinculados dos atos discricionários que, de acordo com a doutrina, são a competência, a finalidade e a forma.

Segundo Di Pietro, com relação à competência, o ato é sempre vinculado, pois somente está autorizado a praticá-lo aquele a quem a lei conferiu tal competência (2012, p. 74).

Na finalidade também existe vinculação, pois, conforme afirma Di Pietro, “todos os autores são unânimes em reconhecer que a Administração Pública está vinculada ao atendimento do interesse público” (2012, p. 79). Portanto, deve haver vinculação ao menos à finalidade em seu aspecto amplo, sob pena de caracterização de desvio de poder.¹⁵

Por fim, a forma também é considerada como um elemento vinculado, pois o administrador deve adotar a forma prescrita em lei para a consecução do ato, conforme já mencionado neste capítulo.

Ainda que tais elementos sejam considerados vinculados, não se pode falar em vinculação absoluta. Segundo Freitas, até o vício de competência poderia ser objeto de convalidação do ato diante da primazia de princípios constitucionais hierarquizados como de maior plano no caso concreto específico (2013, p. 332).

Já Pires indica a possibilidade de também ser conferida certa discricionariedade à forma, desde que não se comprometa a segurança jurídica nem a isonomia (2009, p. 193). Como exemplo, menciona um exemplo em que uma lei municipal prescreve a distribuição de cestas básicas a famílias que atendam determinadas condições, mas não prescreve de que forma será feita essa distribuição, se por portaria ou por ordem de serviço do Prefeito.

Quanto à finalidade, Di Pietro admite certa discricionariedade quando não delimitado expressamente na lei o fim a ser buscado (2012, p. 79). Isso ocorre quando a lei se refere à finalidade do ato utilizando conceitos indeterminados como, por exemplo, ordem pública, moralidade, bem-estar, interesse público ou bem comum, e não há critérios objetivos para definir o que é melhor para atingir tais objetivos.

Entretanto, como regra geral, pode se afirmar que competência, finalidade e forma são os requisitos vinculados do ato administrativo. Assim, o objeto e o motivo seriam os elementos passíveis de discricionariedade administrativa.

¹⁵ Nas palavras de Di Pietro (2012, p. 135), “A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento ao interesse público”.

O objeto, sendo caracterizado pelos efeitos jurídicos que o ato pode produzir, pode deixar ou não certa margem de discricionariedade para o agente público. Di Pietro ressalta que essa liberdade relativa ocorre basicamente em duas situações: quando a norma estabelece uma mera faculdade de agir frente alguma circunstância determinada ou na hipótese de o comando legal dar mais de uma opção de ação diante daquele determinado motivo (2012, p. 74). Um exemplo da primeira situação seriam as hipóteses de licitação dispensável estabelecidas no art. 24 da Lei n. 8.666/93, pois nessas circunstâncias o administrador poderia ou não realizar o procedimento licitatório para efetuar a contratação. Já o segundo caso pode ser exemplificado por uma que norma prevê a aplicação de duas ou mais penalidades para o mesmo tipo de infração, cabendo ao agente público a escolha de apenas uma delas.

No entanto, a lei pode dizer que, em determinada situação, haverá apenas uma solução possível a ser adotada. É o caso de quando a lei, por exemplo, estabelece uma determinada penalidade de multa no caso de o motorista avançar o sinal vermelho. Nesse tipo de circunstância, não haverá margem de discricionariedade e a atuação da Administração, quanto ao objeto, será vinculada.

Há possibilidade também de haver discricionariedade em relação ao motivo. Segundo Di Pietro (2012, p. 77), isso ocorrerá quando a lei não definir de forma precisa o motivo, deixando-o ao critério da Administração. É o que ocorre na exoneração *ex officio* de cargo em comissão. O ato também poderá ser considerado discricionário quando o motivo for definido por conceitos jurídicos indeterminados, que abrem a possibilidade para o administrador decidir adotando critérios de valor que lhe são próprios. Acontece, por exemplo, quando a lei determina a punição de servidor em caso de falta grave, ocasião em que caberá à Administração estabelecer se o ocorrido é grave ou não diante do caso concreto.

Entretanto, também poderá haver vinculação quando o motivo é descrito na lei por noções precisas que não dão margem à apreciação subjetiva. É o caso da aposentadoria compulsória aos 70 anos, por exemplo.

Conforme dito anteriormente, a doutrina clássica não admitia o controle do Poder Judiciário nesses dois últimos elementos. No entanto, com a ampliação da possibilidade

de controle sobre a discricionariedade administrativa, passou-se a admitir a apreciação com relação ao motivo e ao objeto, mesmo nos casos em que fique caracterizada certa margem de escolha pelo administrador. Em outras palavras, passou-se a admitir o controle de mérito sobre os atos administrativos.

Conforme Di Pietro (2012, p. 160-162), a superação do Estado Legal de Direito, vinculado ao positivismo jurídico, foi um fator decisivo para a redução dos limites da discricionariedade administrativa. A partir da chamada constitucionalização do Direito Administrativo e a consequente inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade, ampliou-se a possibilidade de controle judicial sobre os atos ditos discricionários.¹⁶

A partir dessa limitação dos atos pelos princípios constitucionais, Luís Roberto Barroso afirma que o mérito passou a ser passível de exame segundo três princípios: da razoabilidade, da moralidade e da eficiência (2002, p. 120). Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável, ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade, é, evidentemente, um exame de mérito.

Na visão de Freitas (2014, p. 21), essa limitação pelos princípios estabelece o estado da discricionariedade legítima, concretizando o direito fundamental à boa administração pública, já exposto no Capítulo 1 deste trabalho.

Outro fator que resultou na redução da discricionariedade foi a aplicação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, desenvolvida inicialmente no direito alemão, espanhol e português. Segundo Di Pietro (2012, p. 41), a partir dessa nova noção, passou-se a entender que tais conceitos seriam passíveis de interpretação pelo Judiciário em sua função de intérprete da lei em última instância. Assim, a utilização de termos com sentido impreciso como interesse público, notório saber, utilidade pública e perigo iminente, por exemplo, que inicialmente eram entendidos como outorga de discricionariedade ao administrador, passou a ser limitada pela interpretação dada a tais conceitos pelos órgãos judiciais. Em consequência disso, a partir da interpretação, o juiz pode chegar à conclusão

¹⁶ Segundo Di Pietro (2012, p. 42), um dos efeitos da constitucionalização do Direito Administrativo foi a concretização dos direitos sociais, que passaram a ter eficácia independente de medidas legislativas e administrativas. Assim, a concretização de direitos como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, dentre outros, passou a ser passível por meio de decisões judiciais tomadas em caso concreto.

que exista uma solução única naquele caso concreto, cabendo inclusive a invalidação da decisão administrativa que a contrarie.

Pires é um dos defensores dessa ideia de que a interpretação jurídica deve vir antes da discricionariedade administrativa (2009, p. 145-146). No entendimento desse autor, é equivocada a afirmação de que os conceitos jurídicos indeterminados podem ensejar a discricionariedade administrativa, pois tais termos se referem à interpretação jurídica e não tem nenhuma relação com a competência discricionária da Administração, que deve ser conferida pela norma.

Meirelles caminha nessa mesma direção ao afirmar que a discricionariedade só pode decorrer de atribuição legal (2013, p. 127). Para esse doutrinador, a mera existência dos chamados conceitos jurídicos indeterminados não gera discricionariedade, mas necessidade da correta interpretação dos conceitos a ser feita de acordo com os parâmetros estabelecidos pelos princípios constitucionais, como a finalidade e a razoabilidade (2013, p. 127)

Esse pensamento não é pacífico no Direito Administrativo Brasileiro. Doutrinadores como Bandeira de Mello e Di Pietro entendem que nem sempre a interpretação do Poder Judiciário ou de outro órgão controlador pode dissipar por completo as dúvidas sobre a aplicação da norma em concreto (DI PIETRO, 2012, p. 117-118) e (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 36). Isso porque em diversas situações, mais de uma interpretação será razoavelmente admissível, pois a atuação do administrador se deu de forma legítima, seja porque se manteve dentro de uma interpretação razoável de um conceito indeterminado, seja porque decidiu por um comportamento mais conveniente e oportuno dentro dos limites da legalidade.

Ainda que haja divergência em relação a essa ideia, o fato é que esse novo pensamento introduzido no direito brasileiro veio a reduzir a competência discricionária da Administração, pois ao menos em alguns casos poderá o Judiciário, ao interpretar a norma, estabelecer uma zona de certeza para aplicação daquele conceito dito impreciso.

A teoria dos motivos determinantes também trouxe novos limites à discricionariedade administrativa. De acordo com Mello, essa teoria propõe que “[...] os

motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato” (2006, p. 376). A partir desse entendimento, permitiu-se ao Judiciário examinar a legalidade dos pressupostos de fato e de direito que levam ao administrador praticar o ato.

Diante da possibilidade da sindicabilidade dos motivos do ato, conforme propõe a teoria dos motivos determinantes, Freitas chama a atenção para a necessidade de uma adequada motivação do ato. Em analogia com o que ocorre com os atos jurisdicionais, com fulcro no art. 93, inciso X, da Lei Maior, as decisões administrativas deverão ser motivadas de forma congruente, exceto nos atos de mero expediente e aqueles autocompreensíveis na sua expedição e ainda aqueles em que a Carta Constitucional admite a dispensa da motivação, como no caso na nomeação e exoneração para cargo em comissão (2013, p. 348)

Ante esse novo quadro limitador da atuação discricionária do Poder Público, houve uma evolução do conceito de mérito sob o aspecto do seu controle judicial. Conforme expõe Di Pietro (2012, p. 36), antes o Judiciário recuava no exame dos aspectos discricionários do ato, pois se entendia que o mérito impedia a interpretação da norma pelo juiz no caso concreto, levando à aceitação da opção administrativa adotada. Atualmente tal prática não é mais adequada, na medida em que o juiz deve primeiro interpretar a norma no caso concreto. Apenas depois disso poderá concluir se a norma possibilitou diferentes opções para o administrador ou se existe apenas uma solução legítima. Se a interpretação indicar a existência de opções igualmente válidas perante o direito e o interesse público a ser atendido, não caberá ao julgador a correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Concluindo seu raciocínio, Di Pietro afirma que o mérito, na concepção atual, está presente somente quando a lei deixar duas ou mais opções válidas perante o direito. Portanto, sob essa nova visão, se pode afirmar sim que o mérito é insuscetível de avaliação judicial. Esse é o mesmo raciocínio de Freitas ao afirmar que o mérito não é diretamente controlável, mas o demérito o será sempre (2013, p. 344).

Outro autor que defende a existência do mérito administrativo apenas no caso de existência de duas soluções adequadas no caso concreto é Bandeira de Mello. Segundo esse autor, mérito é o

campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 908-909).

Pelo exposto, pode-se concluir que a sindicabilidade do ato administrativo discricionário só poderá ser realizada quando restar claro que, por meio de confronto da norma com o caso concreto submetido a exame, a interpretação jurídica concluir que a Administração não optou pela solução mais adequada perante as leis e os princípios que regem o Direito Administrativo. Nos casos em que seja incognoscível a solução que melhor atende a finalidade da norma, não será devida a intromissão do órgão controlador quando escolhida aquela opção entre alternativas igualmente razoáveis.

2.4. CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS E JURISPRUDÊNCIA DO TCU A RESPEITO

Conforme leciona Freitas (2014, p. 66), o Estado Constitucional exige o controle efetivo dos atos administrativos não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pela Administração Pública e pelos controles administrativos. A respeito disso, anota que o órgão controlador, seja ele qual for, não pode aceitar mera alegação de conveniência e oportunidade, tendo o dever de verificar se os atos administrativos violam os princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

Ao discorrer sobre os tribunais de contas, Aloísio Zimmer Júnior também afirma ser possível o controle da discricionariedade tanto Pelo Poder Judiciário como por tais órgãos (2009, p. 642-643). Para esse autor, os parâmetros para a avaliação do poder discricionário do administrador serão a legalidade, a legitimidade e a economicidade. Traz como exemplo de possibilidade de sindicância sobre ato administrativo, no âmbito do controle externo, o caso de edital de licitação que anuncie a compra de um número de

vacinas bem superior à real necessidade da população do local. Como tais materiais possuem validade restrita, tal aquisição representa prejuízo ao patrimônio público, não sendo legítima e nem econômica. Nesse sentido, o certame deve ser objeto de anulação pelo tribunal de contas competente.

Outro autor que se mostra a favor do controle da discricionariedade pelos tribunais de contas é Paulo Soares Bugarin. Em seu pensamento, é possível inclusive a análise do mérito do ato administrativo em relação ao princípio da eficiência, conforme trecho de sua obra abaixo transcrito:

[...] no duplo e complementar exame da eficiência e da economicidade dos atos públicos de gestão, não se admite mais considerar o mérito do ato administrativo como empecilho à atuação do Controle Externo, em especial, nas situações em que se possa, diante do universo fático, determinar, racional e fundamentadamente, qual a alternativa que melhor atende o interesse público. Tal constatação, destaque-se, reforça a tese de que a Constituição Federal autoriza e impõe a avaliação pelos Tribunais de Contas do conjunto amplo de questões que se referem ao chamado mérito administrativo. (2001, p. 49)

Vindo ao encontro desse pensamento, o TCU vem expedindo diversas decisões reforçando a possibilidade de sindicabilidade dos atos administrativos discricionários de seus jurisdicionados. Como exemplo, cita-se o Acórdão n. 3378/2010 - Plenário, que julgou improcedente o recurso interposto em razão de decisão proferida no âmbito do Acórdão n. 1234/2008 – Plenário. Nessa decisão recorrida, os responsáveis haviam sido condenados à sanção de multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei n. 8.443/1992, pela concessão de diárias e passagens sem pertinência com o interesse público ou sem motivação, em desobediência aos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência e da economicidade, previstos nos arts. 37 e 70 da Lei Maior, além da afronta aos princípios administrativos da razoabilidade e da adequação do ato administrativo ao interesse público.

Com vistas a modificar essa decisão, os recorrentes alegaram que a concessão de diárias e passagens era da discricionariedade da Administração, o que impossibilitava a atuação do controle externo no caso. A respeito dessa justificativa, cabe transcrever trecho

do voto do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues no Acórdão n. 3378/2010 – Plenário:

Não paira a menor dúvida de que o controle externo não pode intervir em atos discricionários a ponto de substituir o administrador na eleição de melhor alternativa da pauta de opções disponibilizadas pela lei. Ao agir assim, o controle externo usurparia da competência de 1ª ordem do gestor público e prejudicaria a atividade de fiscalização, que deve ser independente, por princípio contábil, daqueles agentes que praticam o ato administrativo.

A atuação que esta Corte de Contas realiza sobre o caso vertente não é esta que os defendentes arguem. O TCU buscou averiguar se a forma, o motivo, o conteúdo e o objeto dos atos discricionários foram adequados à finalidade da lei, tal qual exige o diploma federal de processo administrativo. Trata-se, portanto, de controle típico de legalidade e da legitimidade da despesa pública, sem que Tribunal de Contas da União eleja, no caso concreto, a escolha que o administrador deva fazer, dentre as opções disponibilizadas pela norma legal ao gestor público.

Nesse mesmo voto, o mencionado Ministro-Relator ainda reforça a existência de limites ao poder discricionário, pois os atos administrativos devem cumprir sua finalidade pública, nos termos da Constituição e da lei. Dessa forma, assim expõe em seu pronunciamento:

Não pode o agente público tomar o poder discricionário como expediente para a prática de atos arbitrários ou contrários ao ordenamento jurídico, muito menos para forrar-se ao controle externo realizado em nome de toda sociedade brasileira.

Ressalta-se que o controle da discricionariedade no referido exemplo não se limitou a examinar somente a legalidade dos elementos vinculados do ato. Também houve exame sobre o motivo e o objeto, que são os elementos que comportam predominantemente o exercício da discricionariedade administrativa, vindo ao encontro da tendência atual de ampliação do controle sobre os atos discricionários, conforme já mencionado neste trabalho.

Outra característica da jurisprudência do TCU que fica evidente nesse voto é a impossibilidade do controle externo revisar o juízo de conveniência e oportunidade do administrador. De acordo com esse entendimento, não cabe ao órgão controlador substituir a escolha que a Administração Pública faz diante do caso concreto segundo a

discricionarieidade que lhe é conferida, pois tal atitude ofenderia o princípio da separação dos poderes, como já mencionado neste trabalho. Cabe apenas avaliar se a escolha feita pelo administrador se fez de forma adequada, levando em conta os limites estabelecidos em lei e os princípios do Direito Administrativo.¹⁷ Se nessa avaliação for constatada a inadequação da medida, pois chegou-se à conclusão que o gestor excedeu esses limites, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pode-se dizer que houve vício de antijuridicidade no ato. No exemplo mencionado, esse vício deu ensejo à aplicação de sanção pelo TCU.

Assim, fica caracterizado o papel do controle externo no papel de “administrador negativo”, citado por Freitas em sua obra:

Mutatis mutandis, o controle, em sentido lato, assume o autêntico papel de “administrador negativo”, em analogia com a figura do “legislador negativo”. Desse modo, se é verdade que o controle, salvo em situações excepcionalíssimas, não pode adentrar o cerne de atribuições do administrador, tem o poder-dever de sinalizar, em tempo útil, como não podem ser utilizadas as competências administrativas. (FREITAS, 2014, p. 66)

No entanto, diante de uma irregularidade como essa, caberiam outras duas outras opções ao TCU, conforme explanado no Capítulo 1 deste trabalho. A primeira seria a determinação de anulação do ato, em consonância com a competência expressa no art. 71, inciso X, da Constituição Federal. Essa opção é válida desde que a sustação seja eficaz para que o ato dito irregular não gere efeitos jurídicos, o que ocorre, em geral, na expedição de medidas cautelares. A segunda opção seria a expedição de determinação ao órgão ou entidade para que adotasse as providências pertinentes para a correção do ato, com fulcro em sua competência constitucional estabelecida no art. 71, inciso IX.

Tal entendimento tem predominado na Corte Federal de Contas em trabalhos de conformidade, nos quais se busca o exame de legalidade e de legitimidade dos atos de

¹⁷ Outros acórdãos do TCU com esse mesmo entendimento que merecem ser citados são os seguintes: 864/2007 – 1ª Câmara, 1578/2007 – 1ª Câmara, 2348/2007 – Plénario, 155/2008 – 1ª Câmara, 2425/2008 – Plénario e 1774/2009 – Plénario.

gestão segundo as leis, regulamentos e princípios atinentes à Administração Pública¹⁸. Contudo, nas auditorias operacionais, nas quais há uma preocupação em avaliar a eficiência em sentido amplo daquele programa ou atividade governamental, o posicionamento do TCU vem sendo distinto.

Também como já detalhado no Capítulo 1, nesse tipo de auditoria, quando detectado algum tipo de ineficiência em relação aos gastos públicos, o TCU, em geral, apenas emana recomendações de adoção de providências ao órgão ou entidade fiscalizado que, ao contrário das determinações, não são de implementação obrigatória. A jurisprudência da Corte Federal de Contas vem admitindo a aplicação de penalidades ou a expedição de determinações apenas em caso de violação a ato vinculado. Em caso de ato discricionário, apenas se admite tais deliberações no caso de ser praticado por autoridade incompetente, de não ter sido admitida a forma devida, de não existir a devida motivação para a sua prática ou se restar caracterizado desvio de finalidade.

Esse entendimento nasceu da análise do TC 006.931/2002-0, relativo à auditoria realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que teve como objetivo a verificação da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, bem como o acompanhamento da execução do contrato de concessão e a avaliação da manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro. Na ocasião, foi proferido o Acórdão n. 988/2004 – Plenário, no qual foram emanadas diversas determinações à ANTT no sentido que essa Agência adotasse providências visando proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato analisado.

Em face dessa decisão, foi interposto recurso pela empresa Concessionária Rio-Teresópolis S.A. que, dentre outros argumentos, questionava justamente a competência do TCU em fiscalizar os atos das agências reguladoras no âmbito de sua discricionariedade. Tal recurso foi analisado por meio do Acórdão n. 1703/2004 – Plenário.

¹⁸ Exemplos de decisões do TCU nesse sentido: Acórdãos 717/2005 – 1ª Câmara, 1195/2008 – 1ª Câmara, 233/2000 – 2ª Câmara, 1180/2013 – 2ª Câmara, 3031/2000 – Plenário, 201/2002 – Plenário e 2786/2013 – Plenário.

Com relação a esse argumento, o Ministro-Relator Benjamin Zymler, em seu voto, reforçou a possibilidade de sindicabilidade dos atos discricionários pelo TCU. No entanto, expôs que tal fiscalização deve ser de caráter operacional, tendo como objetivo a avaliação dos resultados à luz dos parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade, e que as conclusões somente podem dar ensejo a recomendações ao fiscalizado que, no exercício de sua competência discricionária, poderá decidir pela sua implementação ou não.

A respeito da possibilidade de determinações para a correção de irregularidades detectadas em auditorias operacionais, como no caso da análise dos atos finalísticos das agências reguladoras, cabe transcrever trecho do mencionado voto:

31. Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União.

32. Contudo, caso o ato discricionário sob enfoque contenha vício de ilegalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão.

Diante desses argumentos, o recurso foi parcialmente provido, e diversas determinações relativas a elementos não vinculados de atos discricionários da ANTT foram transformadas em recomendações.¹⁹

¹⁹ O entendimento do Ministro-Relator não foi unânime no presente caso. O Ministro Adylson Motta apresentou Declaração de Voto, afirmando que as determinações deveriam ser mantidas, pois, segundo ele, o TCU não poderia abrir mão de sua faculdade constitucional e legal de sanar as ilegalidades, mesmo quando se tratar de processos relativos a auditorias operacionais.

Esse entendimento vem sendo ratificado em reiteradas decisões, podendo-se inclusive afirmar que atualmente é jurisprudência pacífica do TCU²⁰. Portanto, a possibilidade de aplicação de penalidades e determinações em auditorias operacionais no tocante a atos administrativos discricionários só se dá quando há algum tipo de ilegalidade ou ilicitude em relação aos elementos vinculados de tais atos, que são a competência, a forma e a finalidade, ou em caso de inexistência do motivo para a prática do ato.

Em consequência desse entendimento, em grande parte das decisões relativas a auditorias operacionais, nas quais muitas vezes se encontram problemas com relação à eficiência daquele programa ou atividade governamental fiscalizados, são proferidas recomendações, e não determinações, em respeito à discricionariedade dos gestores. Como já dito, muitas vezes as recomendações não são implementadas dada sua natureza não coercitiva, pois não há possibilidade de sanção dos responsáveis pela sua não adoção.

Na próxima parte, serão trazidas algumas inovações do TCU com vistas a uma maior efetividade das recomendações propostas. Além disso, propor-se-á algumas sugestões que podem ser introduzidas nas deliberações para uma ampliação do controle da discricionariedade vindo ao encontro da evolução das teorias administrativistas mais recentes.

²⁰ Exemplo de acórdãos do TCU nesse sentido: 1756/2004 – Plenário, 2138/2007 – Plenário, 602/2008 – Plenário, 1201/2009 – Plenário, 2927/2011 – Plenário, 402/2013 – Plenário e 2241-2013 – Plenário.

3. AMPLIAÇÃO DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM AUDITORIAS OPERACIONAIS

Uma das iniciativas que o TCU adotou com vistas a uma maior efetividade no cumprimento de suas recomendações e, por consequência, a uma ampliação da sindicabilidade dos atos discricionários dos administradores, foi introduzir a obrigatoriedade de monitoramento das referidas deliberações. Neste capítulo, serão detalhadas as iniciativas que estão sendo tomadas no âmbito do TCU para tornar possível o monitoramento integral de suas orientações bem como jurisprudência recente a respeito.

Além disso, propor-se-á que, nos casos de auditorias operacionais em que fique evidente que o administrador não adotou a solução mais adequada, levando-se em conta o princípio da eficiência em sentido amplo, caberá a sanção do responsável ou ao menos determinação no sentido de que seja adotada a opção mais razoável dentre aquelas existentes. Por fim, será proposta a adoção dos termos de ajustamento de gestão com vistas a tornar as recomendações da Corte Federal de Contas mais efetivas.

3.1. MONITORAMENTO DAS PROPOSTAS AJUSTADAS

Conforme exposto no Capítulo 1, o monitoramento das determinações e recomendações expedidas em decisões do TCU está prevista no art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno desse órgão. No caso específico das determinações, a Portaria-Segecex n. 13/2011 indica a obrigatoriedade do monitoramento dessas deliberações, que inclusive devem estabelecer prazo para o cumprimento das orientações pelos gestores.²¹

Em relação às recomendações, ainda que não haja norma específica a respeito, entende-se que o monitoramento deve ser feito obrigatoriamente, em conformidade com o disposto no art. 250, inciso III, do referido Regimento. Tal comando normativo dispõe

²¹ Dada a importância do monitoramento das deliberações do TCU com vistas à efetividade das ações de controle, foi formado Grupo de Trabalho, designado pela Presidência do TCU, com vistas a superar a dificuldade de obtenção de informações consolidadas, confiáveis e de forma tempestiva com relação ao cumprimento de determinações e recomendações pelos órgãos e entidades jurisdicionados. Após amplo diagnóstico, foi proposto o desenvolvimento de sistema de TI para registro de deliberações e seu monitoramento, que deverá ser capaz de disponibilizar informações estruturadas por diferentes visões e eliminar a necessidade de controles paralelos. Tal sistema se encontra em fase de implantação na Corte Federal de Contas.

que os autos serão encaminhados para a unidade técnica competente, com vistas ao monitoramento das providências adotadas, quando forem feitas recomendações que visem a melhoria de desempenho do programa ou da atividade fiscalizada.

Considerando que a efetividade das ações de controle depende do cumprimento dessas deliberações, a Segecex, mediante a Portaria-Segecex n. 27/2009, criou um documento denominado de “Padrões de Monitoramento”, que traz orientações de como devem ser monitoradas as recomendações e determinações emanadas pelo TCU.

Ainda que a implementação das recomendações não seja de natureza coercitiva, como já mencionado, o item 63.2 do referido documento traz a possibilidade de transformação das recomendações em determinações por ocasião do monitoramento do cumprimento das deliberações, conforme abaixo:

63.2 nas situações que envolvam recomendações não implementadas, deve ser avaliada a conveniência e a oportunidade de converter as recomendações em determinações, fixando prazo para o cumprimento destas;

Essa conversão das recomendações em determinações será devida quando os responsáveis não implementarem as medidas e não apresentarem a devida motivação para a não adoção das orientações indicadas. Assim, ainda que o atendimento das recomendações seja da discricionariedade do administrador, não se pode dizer que seja do livre arbítrio do responsável o atendimento ou não das orientações emanadas pelo TCU, pois o não cumprimento deverá ser devidamente motivado.

Tal orientação está em consonância com o pensamento de Freitas. Segundo lição desse estudioso (2014, p. 48), na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade, o administrador público tem a obrigação de traçar como meta a melhor atuação, sendo necessário encontrar uma solução ponderada quanto às consequências do seu agir. Assim, deve existir um controle não sobre os juízos de conveniência mas sobre as motivações obrigatórias, exigindo-se do ato administrativo uma compatibilidade plena com tais princípios.

A respeito disso, cabe mencionar o recente Acórdão n. 73/2014 – Plenário, que julgou processo de Monitoramento (TC 029.211/2010-7) relativo às deliberações proferidas no âmbito do Acórdão n. 1562/2009 – Plenário. Nesta decisão, foi julgado o TC 026.668/2007-1, que tratou de auditoria solicitada pelo Senado Federal para verificar no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) as ações internas voltadas para o controle dos recursos repassados por meio de transferência voluntárias.

Dentre as deliberações monitoradas, estava justamente uma recomendação de adoção de providências pela Secretaria Executiva do MCTI. Nos trabalhos realizados pela equipe de auditoria do TCU, chegou-se à conclusão que a recomendação não havia sido implementada. No entanto, a equipe, em seu relatório, não propôs nenhum encaminhamento relativo a esse descumprimento, uma vez que seria indevido a exigência de atendimento de mera recomendação do TCU em respeito à discricionariedade administrativa.

O Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti, no voto relativo ao Acórdão n. 73/2014 - Plenário, discordou do posicionamento da equipe de auditoria. Abaixo, segue trecho do mencionado voto, onde o ilustre Ministro-Relator apresenta seus argumentos:

[...] a **recomendação** emanada do Tribunal tem como objetivo buscar o aprimoramento da gestão pública, sendo resultante de avaliação técnica fundada na perspectiva da missão constitucional do controle externo atribuída a esta Corte de Contas. A meu ver, trata-se de comando que vai ao encontro do princípio da eficiência, insculpido no art. 37 da Constituição Federal vigente. **Não representa, por conseguinte, mera sugestão, cuja implementação é deixada ao alvedrio do gestor destinatário da medida.** Se assim fosse, tornar-se-ia praticamente inócuo o monitoramento previsto no regimento deste Tribunal.

Por certo, a recomendação não traz em si a natureza coercitiva da determinação, a qual, via de regra, decorre da inobservância de normas ou princípios aplicáveis à Administração Pública. Ao passo que do gestor não é esperado outro proceder que não o cumprimento da determinação, **em relação à recomendação já se admite uma certa flexibilidade na sua implementação.** Assim, pode o administrador público atendê-la por meios diferentes daqueles recomendados, desde que se demonstre o atingimento dos mesmos objetivos, ou, até mesmo, deixar de cumpri-la em razão de circunstâncias específicas devidamente motivadas. **A regra, entretanto, é a implementação da recomendação, razão por que deve ser monitorada.** (grifo nosso)

Diante dessa fundamentação, a decisão foi no sentido de reiterar à Secretaria Executiva do MCTI a recomendação proferida, determinando a esse órgão que

encaminhasse ao TCU, no prazo de 180 dias, informações acerca das medidas adotadas e justificativas em relação aos itens da recomendação eventualmente não implementados.

Ressalta-se que, se novamente for constatada a não implementação imotivada das orientações, este TCU poderá até mesmo transformar a recomendação em determinação, em consonância com a orientação do item 63.2 do documento “Padrões de Monitoramento”, tornando obrigatório o cumprimento das providências.

3.2. ESTABELECIMENTO DE PLANO DE AÇÃO

Outra medida que o TCU vem adotando para reforçar a efetividade de suas deliberações é a possibilidade de determinação ao órgão ou entidade auditados que elabore um plano de ação com vistas à solução dos problemas apontados. Nesse documento, que deve ser elaborado pelo gestor responsável, devem ser explicitadas as medidas que serão tomadas para fins de cumprimento das determinações e recomendações proferidas.

Conforme o item 5 do documento “Padrões de Monitoramento”, o plano de ação deve conter no mínimo os seguintes elementos em relação a cada deliberação do TCU: as ações a serem tomadas, os responsáveis pelas ações e os prazos para implementação.

Antes do início do monitoramento das deliberações, se exige que o referido documento esteja disponível na unidade técnica do TCU responsável pelos trabalhos. Isso porque os parâmetros para avaliação do cumprimento ou não das determinações e recomendações são as ações previstas no plano. Se o gestor responsável não comprovar a adoção das ações previstas e não apresentar a devida justificativa para isso, pode inclusive ser sancionado pelo TCU em caso de descumprimento de determinação. Já no caso de não implementação de medidas para atendimento à recomendação de forma imotivada, pode o TCU transformar essa deliberação em determinação com vistas a futuro monitoramento, conforme já mencionado.

Com relação especificamente às auditorias operacionais, o item 10 do referido documento recomenda que, antes do início dos trabalhos de monitoramento, a equipe de

auditoria contate o gestor responsável pela elaboração do plano de ação bem como os demais envolvidos na implementação das medidas. Esse contato inicial deve ter como objetivo o agendamento de reuniões com vistas a alinhar expectativas para a elaboração do citado plano.

Portanto, especialmente nas auditorias operacionais, ainda que o referido documento seja elaborado pelos administradores do órgão ou entidade, em respeito à sua competência discricionária, existe a possibilidade de haver reuniões com as unidades técnicas do TCU com vistas ao estabelecimento de um consenso acerca das providências a serem tomadas para a solução dos problemas encontrados. De certa forma, tal ideia se aproxima do que é feito nos termos de ajustamento de gestão, que já estão sendo adotados por alguns tribunais de contas estaduais, como será melhor explanado no último tópico deste capítulo.

3.3. COGNOSCIBILIDADE DA OPÇÃO MAIS ADEQUADA E O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA

De acordo com o exposto no tópico 2.3 deste trabalho, o órgão controlador somente deverá interferir na discricionariedade administrativa quando a solução adotada pelo órgão administrativo se mostrar inadequada frente a outras opções existentes. No caso de restar dúvida sobre a solução que atende a finalidade da norma, deverá ser verificado se o gestor adotou ao menos uma solução razoável levando-se em conta as leis e os princípios regentes do Direito Administrativo.

Esse pensamento vai ao encontro do Princípio da Deferência, que vem sendo utilizado pelos nossos tribunais superiores quando se analisam as decisões das agências reguladoras²². Tal princípio desenvolveu-se no direito estadunidense no âmbito da discussão a respeito da possibilidade da revisão pelo Judiciário das decisões das agências reguladoras.

²² Como exemplos de precedentes, pode-se citar o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.727 – DF (2014/0183348-0) do STJ e a medida cautelar em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 309 – DF (9996544-26.2013.1.00.0000) do STF.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami, o precedente para o estabelecimento desse princípio se deu em 1984, quando da análise do caso “*Chevron vs Natural Resources*” pela Suprema Corte Norte-Americana (2014, p. 177)²³. Na ocasião, foi desenvolvido um teste com dois passos para verificar se a interpretação do órgão regulador era lícita. O primeiro deles é a verificação pelo julgador se o Poder Legislativo, ao promulgar a lei, esclareceu de maneira precisa o conceito em questão. Caso positivo, essa interpretação deve prevalecer. Em caso contrário, ou seja, se existir espaço para diferentes posicionamentos, deve-se verificar se o entendimento da agência é ao menos razoável, não sendo contrário ao disposto no estatuto. Se a resposta for novamente positiva, o Judiciário deve deixar prevalecer o posicionamento da entidade regulatória.

Portanto, segundo esse princípio, a revisão das decisões regulatórias pelos julgadores somente se dá no caso de interpretação comprovadamente arbitrária ou desarrazoada pelas agências. Nesse sentido, limita a atuação dos órgãos controladores quando provocados a alterar os juízos de ponderação realizados pela autoridade competente, que tem formação técnica para tanto, como é o caso das agências reguladoras.

De acordo com Carolina Barros Fidalgo (2008, p. 12), uma das soluções para a limitação da sindicabilidade dos atos finalísticos das agências reguladoras pelos tribunais de contas é exatamente a adoção do referido princípio. Dessa forma, o controle seria cabível, desde que a solução adotada pelo ente regulador seja desarrazoada ou arbitrária. Entretanto, sendo o ato controlado razoável, mesmo que haja alternativas consideradas mais eficientes, as cortes de contas, em deferências às competências técnicas conferidas às agências reguladoras, poderiam, no máximo, sugerir recomendações a serem seguidas no futuro. Nesse sentido, diante de diferentes interpretações entendidas como razoáveis,

²³ Segue o trecho literal da opinião da Suprema Corte, conforme redação do Ministro Stevens: “*When a Court review an agency’s construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the Court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the Court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute.*”

deve sempre ser respeitada a opção adotada pelo ente regulador, pois a lei lhe conferiu primariamente competência para decisão sobre a matéria.

Essa é a mesma conclusão à qual chegou Márcia Cristina Nogueira Vieira em seu estudo (2008, p. 139). Segundo ela, em um leque de soluções legais, legítimas, eficientes e econômicas, uma vez adotada pela agência qualquer uma delas, não cabe interferência pelos tribunais de contas. No entanto, se houver soluções que se mostrem mais viáveis, o TCU deve questionar a escolha realizada, observando-se o devido processo legal. Caso não reste demonstrado que a opção escolhida não foi a mais razoável, cabe ao TCU formular determinação, e não recomendação, para adoção das providências cabíveis.

Assim, no caso de que fique demonstrado, de forma irrefutável, pelo tribunal de contas competente que a opção adotada pela administração não foi a mais razoável dentre as possíveis, levando a uma perda de eficiência na atividade ou programa analisado, pode-se inclusive afirmar que houve vício de antijuridicidade, pois houve desobediência a um princípio de sede constitucional. Nesse caso, entende-se que cabe sanção, nos casos mais extremos, ou ao menos a expedição de determinação ao órgão ou entidade. Com relação a isso, cabe transcrever trecho do Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas, de autoria de Juarez Freitas e Hélio Saul Mileski:

Os Tribunais de Contas, além das determinações, deverão fazer recomendações para a correção das deficiências verificadas no exercício do controle externo, visando ao aprimoramento da gestão dos recursos públicos. No entanto, quando detectado vício de antijuridicidade, convém dar preferência à determinação, pois não se trata de mera sugestão de aperfeiçoamentos procedimentais. (FREITAS e MILESKI, 2013, p. 50)

Ressalta-se que esse entendimento em relação a questões regulatórias pode ser ampliado para as auditorias operacionais realizadas pelos tribunais de contas, pois, ao fiscalizar os atos finalísticos das agências reguladoras, é exatamente esse tipo de fiscalização que se realiza.

Por fim, cabe trazer um precedente em decisão do TCU que indica a possibilidade de ação coercitiva em caso de ação não eficiente pelo gestor, vindo ao encontro do raciocínio desenvolvido neste tópico. Trata-se do Acórdão n. 1722/2008 – Plenário que julgou o TC 020.840/2007-4, que tratou de auditoria operacional realizada no

Departamento de Controle do Espaço Aéreo, órgão que está subordinado ao Ministério da Defesa e ao Comando da Aeronáutica. O objetivo dessa auditoria foi analisar a operacionalidade, a confiabilidade e a efetividade do sistema utilizado para controle do tráfego aéreo.

Em seu relatório, diante de problemas encontrados no referido sistema, a equipe de auditoria propôs algumas determinações com suporte jurídico no princípio constitucional da eficiência ao referido órgão. Na ocasião, o pleno do TCU, em consonância com o raciocínio exposto no voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler, decidiu transformar as determinações sugeridas em recomendações, tendo em vista que, no caso em concreto, havia circunstâncias fáticas que impediam a gestão eficiente, como restrições orçamentárias e falta de pessoal qualificado.

Contudo, nesse mesmo voto, o Ministro-Relator deixou em aberto a possibilidade de ação coercitiva por parte do TCU no caso de ser demonstrada, de maneira clara e evidente, que a atuação do gestor não atendeu os parâmetros mínimos exigidos de eficiência. Abaixo, transcreve-se o referido trecho:

33. Portanto, a invocação deste princípio para sustentar uma **ação coercitiva** por parte do Controle Externo deve demonstrar, **de forma irrefutável**, que o gestor público, dentro de sua esfera de poder discricionário, tenha concorrido, por ação ou omissão, para um **resultado abaixo dos parâmetros objetivos mínimos de eficiência** que possam ser exigidos de um órgão ou entidade. Por outro lado, restando demonstrado que o administrador público vem buscando **alternativas que minimizem as circunstâncias adversas**, até mesmo eliminando-as, entendo caber aos órgãos de controle que, tão-somente, formulem determinações quanto aos pontos suscetíveis de melhorias. (grifo nosso)

3.4. TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

A ideia de utilização dos termos de ajustamento de gestão pelos tribunais de contas e órgãos de controle interno nasceu na tese de doutoramento “Novos Rumos para o Controle da Administração Pública”, de autoria de Luciano Ferraz. Nessa obra, o referido autor vislumbrou que era necessário dotar as cortes de contas de novos instrumentos de controle baseados na consensualidade e não na imperatividade (2014, p. 17).

Segundo Ferraz, os termos de ajustamento de gestão se afinam com a moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, menos autoritários e mais convencionais, dando preferência a uma alternativa de solução consensual sempre que seja possível não aplicar o poder coercitivo. A ideia é a adoção de uma espécie de contrato entre o órgão de controle competente e o administrador público, buscando a melhoria do desempenho dos órgãos, entidades e programas envolvidos. Conforme explanado pelo mencionado autor, “este ‘contrato’ assumirá contornos de verdadeiro ‘contrato de gestão’ e o tribunal de contas desempenhará o papel de árbitro entre a sociedade e os agentes encarregados de lidar com a *res publica*.” (2014, p. 19).

De acordo com Cláudia Costa Araújo e Marília Souza Diniz Alves, com a adoção de mecanismos consensuais de controle, como os mencionados termos, deixa de se pensar a atuação das cortes de contas como estritamente sancionatória para afirmar-se a prática de uma negociação pacificada das controvérsias (2012, p. 83-84). Nesse sentido, afasta-se do controle-sanção, fundamentado em um modelo burocrático ligado ao positivismo jurídico, e aproxima-se do controle-consenso, mais ligado a um modelo gerencial que tem como objetivo a colaboração entre Estado, sociedade e indivíduos.

Com relação ao fundamento jurídico, Ferraz afirma que o Preâmbulo, o art. 4º, inciso VII e o art. 71, IX, da Constituição Federal dão competência aos tribunais de contas para a utilização dos termos de ajustamento de gestão (2014, p. 19). Ademais, o art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, também legitimam as cortes de contas a utilizarem esses instrumentos.

Daniela Zago Gonçalves da Cunda avaliza o entendimento de Ferraz (2009, p. 5-6). No entanto, afirma acertadamente que, mesmo no caso de desconsiderarmos essa previsão expressa, tanto legalmente como constitucionalmente, a Teoria dos Poderes Implícitos corrobora o uso de tais instrumentos. Conforme já explicitado no Capítulo 1 deste trabalho, pelo fato de os tribunais serem considerados órgãos constitucionalmente autônomos, visto que possuem competências privativas, estão em posição privilegiada na teoria da separação dos poderes, podendo gozar dos meios que não lhe sejam vedados para cumprir suas finalidades. Nas palavras de Cunda,

[...] concomitante com a atribuição pela Constituição de um conjunto de competências a determinado órgão ela também terá de atribuir a esse órgão poderes para alcançar as finalidades correlatas, o que se denomina teoria dos poderes implícitos. Dito de outra forma, quando a Constituição concede a determinado órgão uma atividade-fim implicitamente lhe concede os meios necessários para atingir os fins, sob pena de restar inócuo o encargo constitucional atribuído. (2013, p. 63-64)

Ainda de acordo com a referida autora (2013, p. 64), mesmo que não haja a necessidade de nova previsão legal para a utilização dos termos de ajustamento de gestão, “a regulamentação explícita nos Regimentos Internos e Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas demonstra ser oportuna”, pois, dessa forma, estaria prestigiado o princípio da segurança jurídica, além obviamente do efeito pedagógico que se criaria.

Em consonância com esse entendimento, diversos tribunais de contas estaduais vêm incorporando esses instrumentos em suas leis orgânicas e regimentos internos²⁴. Conforme estudo recente realizado por Antônio França da Costa (2014, p. 23-27), as cortes de contas dos estados de Goiás, Sergipe, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Amazonas já possuem previsão de utilização dos termos de ajustamento de gestão. Outros tribunais estão em fase de estudos a respeito da adoção de tal possibilidade, como o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que optou pela terminologia “termo de adoção de providências”, resultante da denominação utilizada no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal²⁵.

Além disso, conforme ressalta Cunda (2013, p. 64-65), consta previsão de adoção desses termos tanto no Anteprojeto de Lei Nacional do Processo de Fiscalização dos Tribunais de Contas como no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração.

²⁴ Antes mesmo das positivações realizadas pelas leis orgânicas do tribunais de contas, cabe mencionar que a experiência pioneira de adoção dos termos de ajustamento de gestão foi do município de Belo Horizonte. Conforme informa Ferraz (2014, 17), o Controle Interno dessa municipalidade adotou o referido instrumento consensual com o nome de Termo de Compromisso de Gestão.

²⁵ Essa ideia foi proposta no Parecer n. 14/2009, de autoria do Auditor Substituto de Conselheiro César Santolim, e aprovada por decisão do Pleno do TCE-RS na Sessão Administrativa de 8/7/2008 no Processo n. 2257-0200/09-2.

Quanto às características desses instrumentos, conforme expõe Araújo e Alves (2012, p. 87), a voluntariedade, a boa-fé e a consensualidade são os três princípios que norteiam o estabelecimento desses termos.

O primeiro princípio, o da voluntariedade, indica que “as partes devem participar do procedimento de forma livre, voluntária, exercendo assim em plenitude a autonomia, sem afetar a discricionariedade do gestor” (ARAÚJO e ALVES, 2012, p. 87). Ressalta-se que, como já explanado de maneira insistente no Capítulo 2, não se deve confundir discricionariedade do gestor com arbitrariedade.

Segundo Costa (2014, p. 28), esse respeito à discricionariedade na construção dos mencionados instrumentos visa evitar a ingerência indevida dos órgãos de controle, pois na construção de um acordo o gestor deve participar efetivamente, devendo apontar, entre as alternativas legítimas e diante do caso concreto específico, a solução mais adequada em consonância com a finalidade da lei e com os princípios norteadores do Direito Administrativo.

Também deve ser reconhecida a boa-fé dos gestores para que seja possível o estabelecimento de termo de ajustamento de gestão. Conforme explanam Araújo e Alves (2012, p. 87), se houver indício de má-fé, não será cabível tal instrumento. Tampouco será cabível na hipótese de dano ao erário já consumado.

Por último, a consensualidade se justifica como princípio pelo dever de a Administração Pública buscar, sempre que possível, a solução consensual para as questões jurídicas e conflitos. Tal busca está em consonância com o novo paradigma do Direito Administrativo, que se afasta da rigidez autoritária e vai em direção à flexibilidade democrática.

De forma acertada, Costa afirma que é exatamente em relação a esse último aspecto que os termos de ajustamento de gestão se diferenciam da competência dos tribunais de expedir determinações para o exato cumprimento da lei. De acordo com esse autor,

Enquanto a competência atribuída aos tribunais de contas para determinar o exato cumprimento da lei é exercida por meio de ato unilateral, que privilegia o cumprimento forçado sobre ameaça de sanção, o TAG surge como uma proposta de busca consensual para o melhor atendimento do interesse público (2014, p. 23)

É essencial que nos mencionados instrumentos sejam estabelecidos prazos para o cumprimento das obrigações avençadas bem como seja realizado o monitoramento regular com vistas a avaliar se o acordo foi cumprido ou não. Com vistas a facilitar tal tarefa, Araújo e Alves propõem a instituição de banco de dados específico para o monitoramento permanente dos termos de ajustamento de gestão celebrados (2012, p. 88).

Ademais, deve haver previsão de sanções em caso de descumprimento dos termos acordados com vistas a uma maior efetividade desse novo mecanismo. A respeito disso, Costa ressalta que “ao participar da construção de uma solução, o gestor assume que a irregularidade existe, o que elimina o ônus argumentativo para uma eventual sanção, caso o TAG seja descumprido” (2014, p. 28).

Diante das características desse novo instrumento de controle, Cunda afirma que tais acordos possuem a capacidade de viabilizar, de forma rápida e eficiente, tanto a reparação de danos causados aos cofres públicos como a correção de irregularidades praticadas no âmbito da Administração Pública. Essa característica vem ao encontro do princípio constitucional da eficiência administrativa bem como dos direitos fundamentais à duração razoável do processo e à boa administração pública.

Freitas é outro autor a citar a importância do estabelecimento do termo de ajuste de gestão como ferramenta capaz de promover o aperfeiçoamento do controle externo. Para esse jurista (2013, p. 100), tal instrumento tem a capacidade de tornar mais eficaz o cumprimento das metas fiscalizatórias.

Ainda que o TCU não tenha adotado o estabelecimento de termos de ajustamento de gestão, já existem práticas no âmbito de suas auditorias e decisões que reforçam a tentativa de soluções consensuais com a entidade ou órgão envolvidos. A primeira delas é a determinação de plano de ação para correção de irregularidades ou problemas

detectados, como exposto no tópico 3.2 deste capítulo. Conforme explanado, há a possibilidade de diálogo entre a equipe de auditoria e os gestores com vistas a elaborar as estratégias a serem acordadas no plano para tornar possível a implementação das recomendações e determinações.

Outra medida que tem sido tomada com vistas a aumentar o diálogo entre administradores e a Corte Federal de Contas nas auditorias operacionais é o estabelecimento da obrigatoriedade de comentários adicionais dos gestores acerca do relatório elaborado pela equipe de auditoria. Conforme item 185 do Manual de Auditoria Operacional²⁶, o auditado deve ter conhecimento do relatório preliminar de auditoria antes que ele seja tornado público. Além disso, poderão os gestores responsáveis apresentar seus comentários escritos.

De acordo com o item 186 desse mesmo documento, os comentários apresentados serão analisados pela equipe de auditoria, podendo inclusive haver até mesmo a revisão de pontos do relatório. Com fulcro no item 189, os argumentos que não forem suficientes para alterar o posicionamento dos auditores devem ser devidamente analisados e registrados no relatório final.

Ainda que o TCU tenha avançado com relação a uma aproximação com os gestores para a construção de uma solução pacífica, entende-se que a positivação da possibilidade de instrumentos como os termos de ajustamento de gestão, tanto em lei como em seu regimento interno, seria uma medida essencial com vistas a efetivar o controle-consensual, vindo ao encontro do Direito Administrativo moderno.

Em especial, entende-se que tal instrumento seria recomendável no âmbito das auditorias operacionais, pois, ao invés de o TCU propor recomendações de forma unilateral ao órgão ou entidade, poderia transformar tais deliberações em verdadeiros compromissos estabelecidos com os responsáveis com vistas a tornar o programa ou atividade fiscalizados mais eficientes. Como as obrigações avençadas nesses termos

²⁶ Conforme já explanado no Capítulo 1, o Manual de Auditoria Operacional do TCU, aprovado pela Portaria-Segecex n. 4/2010, traz as diretrizes e os procedimentos que devem ser seguidos na realização das auditorias operacionais realizadas pela Corte Federal de Contas.

seriam estabelecidas consensualmente, estaria garantido o respeito à discricionariedade administrativa.

Além disso, a possibilidade de aplicação de sanções em caso de descumprimento do acordo tornaria tal instrumento mais efetivo em relação às recomendações, que são de atendimento facultativo pelos gestores. Essa possibilidade é reforçada pelo fato de que a solução encontrada para a resolução da irregularidade é estabelecida de forma consensual com os administradores, o que eliminaria eventual argumento contra uma ação sancionatória do TCU.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo examinar a atuação do TCU em auditorias operacionais com relação ao controle da discricionariedade administrativa bem como propor novas soluções à luz das novas tendências da Administração Pública e do Direito Administrativo com vistas a tornar esse controle mais efetivo.

No primeiro capítulo, buscou-se identificar as distintas deliberações possíveis para que a Corte Federal de Contas atenda suas competências constitucionais privativas no exercício do controle externo em auxílio ao Congresso Nacional. Foi visto que, diante de uma irregularidade, o TCU tem competência para a aplicação de sanções, como a imposição de multas, a declaração da inidoneidade do licitante para participar de novos certames e a inabilitação de responsável para ocupar cargo em comissão ou função de confiança. Além disso, em casos de impropriedades menos graves que não ensejem a aplicação de penalidades aos gestores, é possível a expedição de determinações ao órgão ou entidade fiscalizados. Tais deliberações são obrigatoriamente monitoradas, sendo que o seu descumprimento imotivado pode inclusive levar à aplicação de multa aos responsáveis.

Também foi visto que tanto a aplicação de sanções como a expedição de determinações são possíveis não só quando é verificado o descumprimento de leis ou regulamentos nos atos administrativos. Vindo ao encontro da constitucionalização do Direito Administrativo e a necessidade cada vez maior de consideração dos direitos e deveres fundamentais, o TCU passou a aplicar tais deliberações também em caso de descumprimento a princípios como a moralidade, impessoalidade, isonomia e publicidade.

Em caso de desobediência a normativos ou a princípios do Direito Administrativo, foi exposto que ainda cabe ao TCU sustar os atos por meio de concessão de medidas cautelares. Isso ocorre quando, em análise sumária, se verifica que um ato a ser consumado pode produzir dano irreparável ou de difícil reparação ao interesse público, com possibilidade inclusive de gerar lesão aos cofres públicos. Essa possibilidade foi reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal com base na Teoria dos Poderes

Implícitos, que reconhece aos órgãos constitucionalmente autônomos, como os tribunais de contas, a titularidade de meios que se destinem a conferir real efetividade às suas decisões com vistas ao atendimento de suas competências constitucionais.

Por fim, referiu-se que, com a elevação da eficiência a princípio constitucional e a possibilidade de realização de auditorias operacionais pelas cortes de contas, o TCU passou a realizar esse novo tipo de fiscalização, que tem como objetivo a avaliação da eficiência em sentido amplo de um programa ou atividade governamental. Entretanto, ao contrário dos demais trabalhos realizados pela Corte Federal de Contas, quando detectado vício com relação à eficiência dos gastos públicos, o TCU fez a opção de expedir recomendações, de implementação não obrigatória, e não determinações. Conforme exposto, o principal argumento que sustenta a não coercitividade das deliberações em auditorias operacionais é que as cortes de contas não podem invadir a discricionariedade administrativa do gestor, sob pena de infringência ao princípio da separação de poderes.

No segundo capítulo, para delimitar melhor o tema da discricionariedade administrativa, passou-se a um estudo da doutrina sobre o assunto. Primeiramente, foi exposto o conceito de ato administrativo bem como os elementos que o constituem: competência, forma, finalidade, motivo e objeto.

A partir daí, introduziu-se a diferença entre vinculação e discricionariedade. Expôs-se que os atos vinculados são aqueles com intenso condicionamento aos requisitos estabelecidos nos normativos, sem margem de liberdade à determinação do conteúdo das disposições. Já os atos discricionários são aqueles que o administrador deve praticar mediante juízos de conveniência e oportunidade na busca da solução mais adequada, que nem sempre é a única, devendo apresentar a devida motivação para tal escolha seguindo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Também foi ressaltado que, ainda que exista margem para a atuação do agente público nos atos discricionários, essa liberdade deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos pela lei e pelo próprio direito, não podendo ser confundida com arbitrariedade.

Na sequência, demonstrou-se que, seguindo a evolução do Direito Administrativo, a possibilidade de controle judicial sobre o exercício da discricionariedade administrativa vem se ampliando. Foi exposto que, segundo a doutrina clássica, somente cabia o controle

da competência, da finalidade e da forma, que são justamente os elementos considerados vinculados dos atos discricionários. Com a ampliação da sindicabilidade, a doutrina e a jurisprudência passaram também a admitir a apreciação com relação ao motivo e ao objeto, mesmo naqueles casos em que se configure uma certa margem de liberdade de escolha pelo agente público.

Também foram mencionados os fatores que levaram a essa ampliação da apreciação sobre os atos discricionários. O principal deles é a relativização do princípio da legalidade a partir da constitucionalização do Direito Administrativo, que levou à inclusão de princípios e valores ao conceito de legalidade. Outro fator que pode ser citado e que decorre dessa evolução é a aplicação de novas teorias administrativistas, como a dos conceitos jurídicos indeterminados, a dos motivos determinantes e a do desvio de poder.

Diante dessa nova visão, explicitou-se que houve até mesmo uma mudança no conceito de mérito sob o aspecto do seu controle judicial. Antes, os juízes recuavam diante da análise dos aspectos discricionários, levando à aceitação da opção administrativa adotada. Atualmente, os julgadores devem primeiro interpretar a lei no caso concreto e vislumbrar se a norma possibilitava diferentes opções para o administrador. Em caso positivo, o julgador deve verificar se a solução adotada foi aquela que melhor atendia ao interesse público. Caso se verifique que a opção foi pela solução menos benéfica, caberá ao juiz inclusive a anulação do ato.

Nessa linha de raciocínio, concluiu-se que o mérito, na concepção atual, está presente somente no caso em que a lei deixar duas ou mais opções igualmente válidas perante o direito. Sob essa nova visão, afirmou-se que o mérito é sim insuscetível de avaliação judicial, sendo possível apenas o controle do demérito.

Após isso, referiu-se que o controle da discricionariedade administrativa deve ser realizado não somente pelos órgãos judiciais mas também pela Administração Pública, em especial pelos tribunais de contas no exercício de suas competências constitucionais e legais. Em consonância com esse pensamento, demonstrou-se que o TCU vem expedindo diversas decisões reforçando a possibilidade de sindicabilidade da

discricionarieidade de seus jurisdicionados, inclusive em relação aos elementos motivo e objeto, que são, como já dito, os elementos discricionários dos atos administrativos.

No entanto, nos trabalhos relativos a auditorias operacionais, pôde-se constatar que o TCU vem optando por expedir apenas recomendações no exercício do controle da discricionarieidade administrativa. Em relação aos atos discricionários, a aplicação de penalidades ou a emissão de determinações somente é admitida quando há algum tipo de ilegalidade ou ilicitude em relação aos elementos vinculados de tais atos, que são a competência, a forma e a finalidade, ou na hipótese de inexistência do motivo para a sua prática.

No terceiro e último capítulo, primeiramente buscou-se trazer as medidas que a Corte Federal de Contas vem adotando com vistas a tornar mais efetivo o cumprimento das recomendações expedidas em auditorias operacionais, ampliando a sindicabilidade sobre os atos discricionários de seus jurisdicionados. Vislumbrou-se que uma das providências que o TCU tomou nesse sentido foi tornar obrigatório o monitoramento das recomendações ajustadas, inclusive com a possibilidade de transformação em determinações em caso de se verificar que a não implementação das orientações pelos gestores não foi acompanhada da devida motivação para tanto.

Outra medida que o TCU adotou com vistas a ampliar a efetividade de suas recomendações é a possibilidade de determinar ao órgão ou entidade auditados que apresentem plano de ação estabelecendo as ações a serem implementadas com vistas ao atendimento das orientações. Ainda que a elaboração desse plano seja de responsabilidade dos agentes públicos responsáveis, existe a possibilidade de diálogo com as equipes técnicas do TCU com vistas a melhor definir as ações a serem implementadas para a solução dos problemas encontrados, o que se aproxima da possibilidade de um controle mais consensual e menos sancionatório.

Por fim, foram propostas duas novas medidas para aumentar a efetividade das recomendações. A primeira delas é a aplicação do Princípio da Deferência, aplicado pelo Poder Judiciário para questões regulatórias, nas deliberações relativas a auditorias operacionais. Segundo esse entendimento, no caso de ficar demonstrado, de forma irrefutável, que a opção adotada pela administração não foi a mais adequada dentre as

possíveis, levando a uma perda de eficiência na atividade ou programa analisado, pode-se inclusive afirmar que houve vício de antijuridicidade, visto que houve desobediência a um princípio de sede constitucional. Nesse caso, entende-se que cabe determinar ao órgão ou entidade a correção do ato fiscalizado e, nos casos mais extremos, até mesmo a sanção dos responsáveis.

No entanto, a mais importante providência que pode ser adotada nesse sentido é a positivação da possibilidade de estabelecimento dos termos de ajustamento de gestão, já adotados por seis tribunais de contas estaduais. Tais instrumentos vêm ao encontro da moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, segundo a qual deve-se buscar soluções mais consensuais e menos autoritárias. Afastando-se do controle-sanção e aproximando-se do controle-consenso, aproxima-se de um modelo mais gerencial, que tem como fim a colaboração entre Estado, sociedade e indivíduos, distanciando-se de um modelo burocrático essencialmente ligado ao positivismo jurídico.

Conforme exposto, a possibilidade jurídica de adoção dos referidos termos está fundamentada no Preâmbulo, art. 4º, inciso VII e art. 71, IX, da Constituição Federal e nos art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública. Contudo, mesmo desconsiderando essas previsões normativas, a Teoria dos Poderes Implícitos, já utilizada para justificar a concessão de medidas cautelares pelas cortes de contas, corrobora a utilização desses instrumentos.

Para garantir a efetividade dos referidos termos, explicitou-se que é essencial que seja realizado o monitoramento das soluções acordadas bem como a previsão de sanção em casos de descumprimento dos termos acordados. O fato de o gestor ter participado da construção da solução elimina eventual argumento contra aplicação de penalidade por não cumprimento das obrigações acordadas.

Por último, ainda que o TCU tenha se aproximado do estabelecimento de soluções consensuais, tanto com a possibilidade de estabelecimento de plano de ação como com a possibilidade de comentários dos gestores acerca das conclusões dos relatórios de auditoria, conclui-se que o estabelecimento de termo de ajustamento de gestão é uma ótima opção principalmente nas decisões relativas a auditorias operacionais. Nesse caso, ao invés de o TCU propor recomendações de forma unilateral ao órgão ou entidade,

poderia transformar tais deliberações em verdadeiros compromissos estabelecidos com os responsáveis com vistas a tornar o programa ou atividade fiscalizados mais eficientes. Como as obrigações avençadas nesses termos seriam estabelecidas consensualmente, estaria garantido o respeito à discricionariedade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. **Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 84, n. 3, 2012. p. 81-92. Disponível em: < <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf> >. Acesso em 13 set. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 1.119 p.

_____, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 110 p.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 109-131.

BIM, Eduardo Fortunato. **O poder geral de cautela dos Tribunais de Contas nas licitações e contratos administrativos.** Interesse Público, Belo Horizonte, n. 36, mar./abr. 2006.

BUGARIN, Paulo Soares. **Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU.** Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 32, n. 87, p. 39-50, jan./mar. 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 1266 p.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro.** 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954; 7ª ed., atualizada e anotada por Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

COSTA, Antônio França da. **Termo de Ajustamento de Gestão: busca consensual de acerto na gestão pública**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 32, n. 3, 2014. p. 19-33. Disponível em: < <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2784.pdf> >. Acesso em 25 out. 2014.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental À Educação na Lupa (para além) de Contas**. Simplíssimo Livros, 2013 (ebook). 165 p.

_____, Daniela Zago Gonçalves da. **Um breve diagnóstico sobre a utilização dos termos de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais**. Revista Interesse Público, n. 58, 2009.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Controles da administração pública e a efetividade dos direitos fundamentais**: breves anotações sobre a atuação dos tribunais de contas e do controle judicial da discricionariedade administrativa. Revista Interesse Público, n. 66, v. 13, 2011. p. 223-259.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 938 p.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012. 275 p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. 876 p.

FERRAZ, Luciano. **Termos de Ajustamento de Gestão: do sonho à realidade**. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, n. 56, v. 30, 2014. p. 17-21.

FIDALGO, Carolina Barros Fidalgo. **O controle do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras independentes**. In: III CONGRESO

IBEROAMERICANO DE REGULAÇÃO ECONÔMICA, 2008. São Paulo: Associação Iberoamericana de Estudos de Regulação, 2008. Disponível em < www.asierregulacion.org/asierregulacion/?wpfb_dl=698 >. Acesso em: 14 set. 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 533 p.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 198 p.

FREITAS, Juarez e MILESKI, Hélio Saul. **Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas**. Brasília; Cuiabá: Atricon; Instituto Rui Barbosa; TCE-SC, 2013. 132 p. Disponível em <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/01/ATRICON_-_Manual-de-Boas-Praticas-digital.pdf>. Acesso em 13 out. 2014.

FISHER, Louis. **Constitutional Conflicts between Congress and Government**. 4. ed. Kansas: University Press of Kansas, 1997. 384 p.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1031 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 1440 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 606 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEXIO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. Atualização de Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2013. 925 p.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 367 p.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade**

Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 341 p.

SILVA, Caio Mário da; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 140-181.

THOMAS, CLÁUDIO AUGUSTO PRATES. **O princípio constitucional da eficiência administrativa:** considerações sobre sua aplicação nas auditorias operacionais realizadas pelo Tribunal de Contas da União a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998. Monografia para o Curso de Especialização em Direito Público da Escola Superior da Magistratura Federal. Porto Alegre, 2010. 94 p.

TORRES, Jessé; DOTTI, Marinês Restelatto. **Apontamentos sobre a integração do RDC ao macrossistema constitucional e ao sistema geral das licitações públicas pela via dos princípios.** Revista do TCU, Brasília, n. 128, p. 52-61, Set./Dez. 2013.

VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, 2008. p. 109-157. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2056850.PDF>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. 846 p.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 495 p.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. **Planalto**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm >. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1703/2004 – Plenário (TC 006.931/2002-0). Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, em 3/11/2004. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-46681&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f253341313730332b4f522b4e554d52454c4143414f253341313730332532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030342b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323030342532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1722/2008 – Plenário (TC 020.840/2007-4). Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, em 20/8/2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-72893&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f253341313732322b4f522b4e554d52454c4143414f253341313732322532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030382b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323030382532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> Acesso em: 10 out. 2014.

[4f52454c4143414f253341323030382532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-80275&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f253341353335312b4f522b4e554d52454c4143414f253341353335312532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030392b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323030392532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1)
 1> Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5351/2009 – 2ª Câmara (TC 006.144/2004-0). Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, em 13/10/2009.

Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-80275&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f253341353335312b4f522b4e554d52454c4143414f253341353335312532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030392b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323030392532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232534547554e44412b43414d415241253232&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 588/2010 – 1ª Câmara (TC 012.720/2006-3). Relator: Ministro Substituto Marcos Bemquerer. Brasília, em 9/2/2010. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-82091&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f2533413538382b4f522b4e554d52454c4143414f2533413538382532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031302b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031302532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f2533412532325052494d454952412b43414d415241253232&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1047/2012 – Plenário (TC 005.037/2009-7). Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, em 2/5/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-107487&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f253341313034372b4f522b4e554d52454c4143414f253341313034372532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031322532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DIRELEVANCIA&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> . Acesso em: 14 ago. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3378/2010 – Plenário (TC 004.379/2004-8). Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, em 8/12/2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-88764&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f253341333337382b4f522b4e554d52454c4143414f253341333337382532392532392532392b414e442b2532382b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031302b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031302532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DIRELEVANCIA&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>> Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 73/2014 – Plenário (TC 029.211/2010-7). Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, em 22/1/2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-118268&texto=2532382532382532382b2532384e554d41434f5244414f25334137332b4f522b4e554d52454c4143414f25334137332532392532392532392b414e442b2532382>>

b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031342b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031342532392532392532392b414e442b2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f253232&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1> Acesso em: 15 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.510-7 Distrito Federal. Voto do Ministro Celso de Mello no Acórdão que julgou o Mandado de Segurança 24.510-7. Nascimento Curi Advogados Associados e Tribunal de Contas da União. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 19 nov. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>>. Acesso em: 27 set. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portaria n. 208, de 8 de dezembro de 2010: Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/1685022.PDF>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. Portaria n. 43, de 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CPORTN%5C20140221%5CPR T2014-043.doc>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. Portaria n. 27/2009-SEGECEX, de 19 de outubro de 2009. Publicada no Boletim do TCU Especial n. 6, de 23 de outubro de 2009. p. 1-52.

_____. Portaria n. 13/2011-SEGECEX, de 27 de abril de 2011. Publicada no Boletim do TCU n. 17, de 9 de maio de 2011. p. 128-131.

_____. Regimento Interno - Resolução n. 246, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento>. Acesso em 12 ago. 2014.

_____. Manual de Auditoria Operacional – Portaria-Segecex nº 4, de 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058980.PDF>>. Consulta em 15 ago. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer n. 14/2009 – Compromisso para adoção de providências. Disponível em http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:0:528603453497159:DOWNLOAD:NO::P_CD_LEG:340576. Acesso em 14 out. 2014.

UNITED KINGDOM. National Audit Act 1983. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/44>> . Consulta em: 20 ago. 2014.