



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os atos administrativos
discricionários - alcance e limites

Mauro Borges

Rio de Janeiro

2016

MAURO BORGES

O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os atos administrativos
discricionários - alcance e limites

Artigo Científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores: Maria Carolina C. de
Amorim

Rio de Janeiro

2016

O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os atos administrativos discricionários - alcance e limites

Mauro Borges
Graduado em Direito pela UNIRIO

Resumo: O controle dos atos discricionários pelo Tribunal de Contas da União está previsto na Constituição Federal, tendo em vista a ampla relação de competências atribuídas à Corte de Contas na fiscalização das despesas públicas, bem como em razão dos princípios constitucionais, em especial os previstos no art. 37 da CF. A introdução do princípio da eficiência, com a EC 19/1998, trouxe ao TCU um forte instrumento para avaliar as escolhas administrativas, sem que isso implique a substituição das decisões do gestor.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Controle da Administração Pública. Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas da União. Controle da mérito administrativo pelo TCU.

Sumário: Introdução. 1. o conceito de discricionariedade administrativa. 2. o controle externo e as competências do Tribunal de Contas de União. 3. o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os atos administrativos discricionários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A administração pública brasileira passou por importantes mudanças após a Constituição de 1988, incorporando a democratização e os direitos fundamentais na gestão pública. Até então, no Brasil, a Administração Pública estava centrada na figura do Ato Administrativo, como a expressão soberana do Estado, com prerrogativas próprias, que o destacava dos demais atos jurídicos civis. Naquele momento, os atos administrativos discricionários somente poderiam sofrer um controle pelos demais poderes quanto aos seus elementos competência, forma e finalidade, sendo insindicáveis o objeto e o motivo.

Com o restabelecimento da democracia, a discricionariedade administrativa passou por mudanças relevantes, com os direitos fundamentais assumindo o protagonismo da ordem jurídica. Como isso, a administração pública não mais poderia ser autoritária, e sim democrática, privilegiando a legitimidade, a motivação e a justificativa de seus atos.

A primeira dificuldade, ao se enfrentar o tema, está em caracterizar a discricionariedade administrativa, uma vez que a doutrina moderna se afastou da tradicional ideia de que a discricionariedade administrativa é inerente ao exercício da função executiva e que, por esse motivo, o controle sobre esses atos administrativos estaria limitado aos elementos competência, forma e finalidade. Um controle que fosse além desse limite e adentrasse no chamado mérito administrativo, por meio de juízo de conveniência e oportunidade, poderia ser considerado uma interferência de um poder sobre outro, o que seria contrário à ideia republicana de separação de funções estatais, previsto no art. 2º da CF.

O controle clássico sobre os atos administrativos pertence ao Poder Judiciário, em razão do disposto no art. 5º, inciso XXXV, que preceitua: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Contudo, o presente trabalho abordará o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, que, na qualidade de órgão autônomo e independente, possui a competência para exercer o controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, que detém a primazia do referido controle, conforme preceitua o art. 71 da Constituição Federal: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete".

Nesse sentido, o presente estudo buscará identificar como se realiza o controle do TCU e quais os limites desse controle sobre os atos administrativos discricionários, considerando que, no exercício desse controle, o TCU poderá analisar a eficiência na aplicação dos recursos públicos, prevista no art. 37, caput, da CF: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência."

Ocorre que todos os controles, em especial o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, não podem inviabilizar a atividade administrativa, que pressupõe escolhas do gestor público. Sendo assim, há que haver limites no controle exercido pelo TCU e, nesse

sentido, esse trabalho tem por objetivo apontar o alcance e os limites do controle do TCU sobre o ato administrativo discricionário. Em diversos seguimentos da administração pública, o TCU tem se consolidado como um órgão regulador da atividade administrativa, desde aspectos referentes às licitações para aquisição de material de expediente até contratos de concessão de serviço público, alçando a Corte de Contas em posição de destaque. Contudo, há que se cuidar para que o TCU não assuma a responsabilidade por determinadas escolhas administrativas, sob pena de uma interferência indevida do Poder Legislativo sobre o Executivo.

Ao final deste estudo, pretende-se demonstrar que a discricionariedade, embora seja essencial para a atividade administrativa estatal, precisa obedecer a certos limites, para não se transformar em arbitrariedade, ao mesmo tempo em que deve haver limites também para o exercício do controle, de forma a manter a independência do poder executivo no contexto republicano, no que se refere às escolhas administrativas, para cumprir com os objetivos do Estado Brasileiro e, por fim, será defendida a necessidade de critérios para o controle exercido pelo TCU sobre os atos administrativos discricionários.

1. O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O tema discricionariedade administrativa passa, necessariamente, pela compreensão dos poderes exercidos pelas autoridades administrativas, cuja figura de topo, no sistema de governo brasileiro, é o Presidente da República, no caso da União. Todavia, para se conceituar a discricionariedade administrativa é preciso voltar um pouco mais no tempo e alcançar a figura do monarca absolutista, particularmente na França pré-revolução, em que os poderes do monarca eram ilimitados, sem responsabilidade por seus atos, uma vez que prevalecia a máxima *the king can do no wrong* (o rei nunca erra). Assim, diante dessa infalibilidade do monarca, não fazia sentido pensar em atos administrativos vinculados e discricionários, porque não era

possível impor uma obrigatoriedade de conduta ao rei nem se questionar a legalidade de seus atos. Portanto, as decisões do soberano não estavam sujeitas a nenhum tipo de sindicabilidade.

A mudança tem início a partir das revoluções americana e francesa, esta com ideais iluministas, quando se passou a questionar a titularidade da soberania, deslocando-a da figura do rei para o povo. O professor L R Barroso¹, ao tratar do poder constituinte originário afirma que "a teoria da soberania popular, isto é, de que o poder constituinte é titularizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa". Com a soberania popular, o exercício de fato das funções do estado adquirem uma caráter delegatório, isto é, o poder é exercido em nome do povo por delegação e, portanto, limitado aos termos dessa delegação, que se materializam na Constituição. Nesse contexto, desenvolve-se também a ideia de poderes vinculados e poderes discricionários. É importante ter essa concepção de que o ato discricionário é uma consequência da soberania popular, com uma limitação de poderes dos governantes.

Uma vez que o poder exercido pelos delegatários do povo necessitava ser limitado, emerge a crença de que os governantes deveriam sujeitar-se às leis emanadas do poder legislativo, legítimo representante do povo. O legalismo se expande, impondo que todas as decisões do poder executivo estariam previstas em textos legais, de que são exemplos os códigos napoleônicos. No dizer de Andreas J. Krell², "a discricionariedade administrativa passou a ser considerada um corpo estranho dentro do Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade monárquica, que deveria ser eliminado tanto quanto possível". Mas, a realidade administrativa demonstrou que a lei não era completa como se imaginava e, depois de muitas discussões, "a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar

¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 143.

² KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.14.

a Administração pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas³."

No Direito Administrativo Brasileiro clássico, que era ensinado nas universidades brasileiras até os anos 90, o conceito de discricionariedade se restringia àqueles atos administrativos em contraposição aos atos vinculados, ou seja, no âmbito do poder vinculado, o administrador verificaria se os pressupostos previstos na lei foram atendidos e assim deveria expedir o ato administrativo. O indivíduo que deseja dirigir um veículo automotor deve se submeter aos exames de habilitação teórico e prático; uma vez aprovado no exame de habilitação, a autoridade administrativa deve emitir a carteira nacional de habilitação, sem margem de escolha administrativa. Porém, ao exercer o poder discricionário, haveria uma margem para escolha do agente público, com base nos critérios de conveniência e oportunidade, o denominado mérito administrativo. A autorização para porte de arma era o exemplo mais citado nos livros ao tratar do ato discricionário. A autoridade poderia simplesmente negar a autorização por entender que seria inoportuno ou inconveniente. Dessa forma, Hely Lopes Meirelles⁴ definia o poder discricionário como aquele que confere à Administração o poder de praticar um ato com liberdade de escolha quanto à conveniência, oportunidade e conteúdo.

Há que se considerar que essa teoria expressa pelo autor está inserida em um contexto político autoritário, durante o período da ditadura militar (1964 a 1985), em que não se contestava a decisão dos órgãos de cúpula do Poder Executivo, pois, ao final, prevalecia o direito da força e não a força do direito. Após a redemocratização do País (1985), o tema discricionariedade ganha corpo, tornando-se de complexo entendimento pela doutrina. A Constituição de 1988 permitiu que se rediscutisse o alcance e os limites do exercício do poder

³ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 14.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 332ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007. P. 118.

e, assim, toda uma teoria que já se desenvolvia na Europa e Estados Unidos acerca da discricionariedade pode ser incorporada definitivamente ao Direito Administrativo Brasileiro.

Nesse sentido, a discricionariedade administrativa pode ser vista como o gênero da qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade técnica, escolhas administrativas. Andreas Krell⁵ atribui essa evolução do tema da discricionariedade à própria evolução social.

Considerando essa nova visão sobre os poderes da administração pública, alguns conceitos sobre discricionariedade administrativa merecem ser lembrados. Celso Antonio Bandeira de Mello⁶ ao discorrer sobre o tema, divide-o em dois aspectos, um se refere à discricção na norma e o outro à discricção no caso concreto.

Assim, não é porque determinado texto normativo prevê várias soluções possíveis em tese, que isto será aplicado também diante do caso concreto. Não seria esse o espírito da lei; na verdade, a lei transfere ao administrador a competência para, diante do caso concreto, definir qual das soluções é a que atende aos objetivos da lei, e não simplesmente escolher qualquer delas com fundamento em uma discricionariedade prevista no texto legal.

Com este raciocínio, pode-se deduzir que o espaço de discricionariedade para o administrador seria bastante reduzido, restringindo-se a situações muito específicas.

Gustavo Binbenojm⁷ defende que não se deveria falar em discricionariedade em oposição à vinculação, como se apenas houvesse situações em que o ato administrativo seria vinculado ou discricionário; na verdade, haveria graus de vinculação.

⁵ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.15.

na moderna 'sociedade de risco' (Ulrich Beck) de um mundo globalizado, aumentaram, de forma vertiginosa, os problemas dos governos nacionais e subnacionais (regionais, locais), que vieram a enfrentar novos desafios ligados ao progresso das ciências naturais (v.g.: energia nuclear, biotecnologia, mudanças climáticas) e à degradação e exaustão dos recursos naturais (água, ar, solo, flora, fauna, paisagens etc).

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. P. 36.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. P.71.

Alargando um pouco mais a temática da discricionariedade, não se pode deixar de apresentar o tema "conceitos jurídicos indeterminados", termos jurídicos que aparecem nas leis em geral com conteúdo pouco denso de especificação; são exemplos disso, o "interesse público", "função social", dentre outros tantos; obviamente que, na aplicação da norma ao caso concreto, essa vagueza dos conceitos precisa ser complementada pelo administrador, o que levaria, em um raciocínio inicial, a uma ideia de discricionariedade.

Esse estudo sobre os conceitos jurídicos indeterminados ganhou muito corpo no direito alemão, principalmente no pós guerra, pois o medo do nazismo, em que o executivo cometeu as maiores atrocidades, com argumentos falsos sobre interesse público ou hegemonia da raça, que ensejavam conceitos jurídicos indeterminados. Assim, após a derrota do regime nazista, houve uma onda jurídica com o objetivo de limitar os poderes do executivo e com isso, adotou-se uma restrição quanto à discricionariedade do administrador. Segundo essa doutrina alemã, os conceitos jurídicos indeterminados estariam sujeitos a regras de interpretação e, portanto, seria possível chegar a uma definição específica quanto a determinados conceitos abertos.

Todavia, essa doutrina de extrema redução à possibilidade de o administrador usar da discricionariedade para concretizar conceitos abertos perdeu força na Alemanha, principalmente em razão da União Europeia não adotar essa restrição. No direito brasileiro o tema também não encontra consenso, haja vista que, conforme já comentado, essa liberdade de escolha do Poder Executivo somente pode ser debatida livremente após a volta da democracia, a partir de 1985. Assim, ainda carece de maior amadurecimento uma definição mais específica sobre a competência do administrador em aplicar os conceitos jurídicos indeterminados a partir de um conceito tradicional de discricionariedade ou, a partir de uma ideia de mais restrita, aplicar esses conceitos, interpretando-os com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Parece que esta segunda linha é mais apropriada ao momento atual, que exige do administrador público, cada vez mais intensamente, a motivação de suas escolhas e

decisões, tendo em vista os princípios modernos da consensualidade e da participação da população interessada em determinado assunto.

Feitas essas considerações, será apresentado a seguir o papel constitucional do Tribunal de Contas da União, inserido na Constituição de 1988 como o Órgão que tem por missão auxiliar o Congresso Nacional no exercício do Controle Externo da Administração Pública, como competências próprias e dotado de autonomia administrativa e funcional.

2. O CONTROLE EXTERNO E AS COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DE UNIÃO

O controle dos atos da administração pública é uma forma de conter os excessos e desvios de poder, bem como de corrigir rumos da administração. Marcos Juruena⁸, ao tratar do tema, esclarece que "a ideia de controle é centrada nos freios e contrapesos e não numa separação estanque de tarefas (...)".

Assim, a atividade de controle está inserida no princípio democrático, republicano e, principalmente, na soberania popular, uma vez que toda atividade administrativa é feita por delegação dos cidadãos e estes necessitam conhecer e controlar as ações de seus delegados, pois, como se diz popularmente, "quem paga a conta é a população".

O Professor Jessé Torres⁹ destaca a importância dessa função de controle, esclarecendo que "Não é possível arquitetar-se um sistema em permanente aperfeiçoamento sem o adequado e oportuno exercício do controle".

Sem a pretensão de aprofundamento no tema, é importante apresentar, sinteticamente, uma das muitas classificações do controle, que é a aquela que o divide em interno e externo.

⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. P.349.

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2005. P. 20.

Por controle interno, entende-se o exercido pelo próprio órgão responsável pela atividade a ser controlada. Assim, a anulação de um ato administrativo ilegal pela autoridade hierarquicamente superior àquela que o expediu é uma forma de controle interno. Hely Lopes Meirelles¹⁰ o define como "[...] todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração."

O controle externo, pelo próprio nome, se dá a partir de órgãos compreendidos em estruturas externas àquela que está suportando o controle. Assim, um Mandado de Segurança apreciado por um juiz federal contra ato administrativo do reitor de uma Universidade Federal é um forma de controle externo. Meirelles¹¹ conceitua esse controle como "o que se realiza por um Poder ou órgão constitucional independente funcionalmente sobre a atividade administrativa de outro Poder estranho à Administração responsável pelo ato controlado (...)".

Apesar das diversas hipóteses de controle externo, uma delas interessa, particularmente, para este artigo, estando prevista na Constituição Federal, em seu art. 71, nos seguintes termos: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]".

Essa espécie de controle externo, a cargo do Poder Legislativo Federal, abrange toda a Administração Pública Federal, sendo que o exercício de fato desta função fica a cargo do Tribunal de Contas da União (TCU), cujas atribuições estão previstas no próprio texto constitucional (artigos 70 e seguintes), bem como na legislação infraconstitucional. Assim, o fundamento da competência do TCU para o exercício do controle externo é constitucional, não podendo sofrer impedimentos legais para o desempenho de suas atividades.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um Órgão da Administração Pública Federal Direta; suas competências estão previstas no artigo 71 da Constituição Federal, bem como na sua Lei Orgânica (LOATCU), Lei 8.443/1992. Dentre as competências elencadas na CF,

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 332ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007. P. 667.

¹¹ MEIRELLES. op. cit., p. 667-668.

destaca-se o julgamento das contas dos responsáveis pela gestão do dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta.

O TCU foi criado por iniciativa do então Ministro da Fazenda da primeira administração republicana do País, Rui Barbosa, inspirado no modelo republicano dos Estados Unidos, por intermédio do Decreto 9666-A. O TCU foi inserido na Constituição Federal Republicana de 1891. Contudo, somente foi implantado de fato em 1893, no governo de Floriano Peixoto, devido ao esforço de seu Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa.

Desde então, o TCU tem tido suas atribuições e estrutura modificadas, sofrendo revezes nos momentos de governos autoritários, a exemplo do regime militar que vigorou entre 1964 e 1985. Nesse período, por exemplo, o TCU não exercia o controle sobre as empresas estatais. Somente com a Constituição de 1988, o Tribunal de Contas ganhou papel de grande relevância no controle dos gastos públicos federais e, a cada momento, tem se destacado como um órgão precursor de mudanças na gestão pública.

O Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal. Seis ministros são indicados pelo Poder Legislativo e três pelo próprio Presidente da República, conforme o indicado pelo art. 73 da CF, devendo preencher os requisitos de possuir mais de 35 anos de idade, idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, e possuir mais de dez anos no exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os referidos conhecimentos.

A Corte de Contas possui sua sede na Capital Federal, sendo dotado de um corpo técnico, cujos servidores, recrutados mediante concurso público, são alocados tanto na sede quanto nas diversas unidades técnicas espalhadas pelas capitais dos Estados da Federação.

Os objetos sujeitos à fiscalização do TCU são muito diversificados, podendo abranger a construção de usinas hidrelétricas, hospitais, rodovias, aeroportos, escolas, e também a

aquisição de bens de uso e consumo (veículos, alimentação escolar, remédios, livros escolares, etc), ou o processo de seleção de servidores mediante concurso público e os atos de concessão de aposentadorias e pensões. Assim, exige-se uma diversificação disciplinar no recrutamento e na capacitação dos servidores.

A competência do TCU permite que sua atuação se estenda além da análise formal de legalidade dos atos e contratos, com previsão na Lei 8.443/1992¹², alcançando também a legitimidade e a economicidade dos atos administrativos. Além da Lei Orgânica, vários diplomas legais atribuem competências específicas ao TCU. A Lei de Responsabilidade Fiscal¹³, LRF, Lei Complementar 101/2000, estabelece no art. 59, §3º, que "O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2o, 3o e 4o do art. 39".

Os referidos parágrafos impõem condições restritivas ao Bacen para a compra de títulos emitidos pela União, bem como a esta para a compra de títulos da dívida pública federal existentes na carteira do Banco Central.

A Lei n. 8.666/1993, art. 113, §1º, atribui competências aos tribunais de contas para apurar irregularidades nas licitações públicas, possibilitando a qualquer licitante ou contratado representar ao TCU sobre irregularidades referentes à aplicação da referida Lei.

Importante destacar que "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos

¹² Brasil. Lei n. 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 6/10/2016. Criada no Governo de Fernando Collor de Mello, dispõe no seu Título I sobre a natureza, competência e jurisdição do TCU; o Título II estabelece o processo administrativo específico das matérias levadas à apreciação da Corte de Contas; o Título III trata da organização e estrutura do TCU e, finalmente, o Título IV estabelece as normas gerais.

¹³ Brasil. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 6/10/2016. A Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF - estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Foi criada no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso e tinha por objetivo principal impor restrições duras aos chefes de executivo federal, estadual e municipal no comprometimento dos respectivos erários com dívidas e no uso de bancos estatais para financiar políticas populistas e eleitoreiras.

quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária tem o dever de prestar contas ao TCU"¹⁴.

Essa ampla competência do TCU já enfrentou muitas resistências dos órgãos e entidades públicas e privadas, bem como de pessoas físicas, as quais ingressam na esfera judicial para tentar conter as decisões do Tribunal de Contas. Por se tratar de Órgão de Cúpula Federal, a competência para a apreciação dos atos praticados pelo TCU pertence ao Supremo Tribunal Federal. Com isso, o STF tem delineado diversas competências do TCU, seja ampliando, seja restringindo-as. No MS 33.092¹⁵, Segunda Turma, o STF reconheceu que o TCU pode determinar medidas acauteladoras para proteger o Erário, como, por exemplo, a indisponibilidade de bens de pessoas físicas e jurídicas, em situações que esteja configurado dano aos cofres públicos.

O STF também já impôs limitações às competências e prerrogativas do Tribunal de Contas da União, especialmente diante de conflitos envolvendo a apreciação de processos de aposentadorias e pensões. No MS 25.460¹⁶, que tratava de determinação do TCU para que o gestor suspendesse o pagamento de vantagem pecuniária a um servidor, a qual havia sido reconhecida por decisão judicial transitada em julgado, o STF decidiu pela incompetência do TCU.

Em outra importante decisão do STF (MS 24405/2003)¹⁷, bastante polêmica por sinal, a Suprema Corte determinou ao TCU que deveria informar ao denunciado o nome do denunciante, embora a Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443/1992, no art.55, §1º, previsse a possibilidade do TCU manter o sigilo do denunciante após a decisão de mérito da matéria. O

¹⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia.htm>. Acesso: 14/5/2016.

¹⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. MS n. 33092. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9133937>. Acesso: 15/5/2016.

¹⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS n. 25460. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365426>. Acesso: 18/9/2016.

¹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 24405/2003. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769748/mandado-de-seguranca-ms-24405-df>. Acesso: 6/10/2016.

STF considerou inconstitucional o referido dispositivo legal. Posteriormente, o Senado Federal suspendeu a eficácia do dispositivo. A matéria em análise referia-se a um militar da Marinha do Brasil que havia denunciado ao TCU um almirante por malversação de recursos públicos. Após a apreciação do caso, o TCU concluiu pela improcedência da denúncia, mas manteve o sigilo do denunciante, negando um pedido do denunciado, que deseja saber o nome do autor da denúncia. O almirante impetrou mandado de segurança junto ao STF, conseguindo a garantia constitucional, obtendo, assim, acesso ao nome do denunciante.

Feitas essas considerações acerca das competências do TCU, passa-se à análise dos limites de atuação do Tribunal de Contas da União nos casos em que fiscaliza atos administrativos que contenham margem de discricionariedade decisória do gestor. Diante de duas possibilidades juridicamente razoáveis, como, por exemplo, comprar ou alugar veículos de serviço, o gestor poderá escolher livremente qual a opção que lhe pareça mais conveniente e oportuna? Nessa situação, a Corte de Contas poderá apreciar a decisão do gestor quanto ao mérito administrativo, tendo em vista a economicidade e eficiência? Quais seriam os limites de atuação do TCU nessas circunstâncias? Esses questionamentos serão abordados no próximo capítulo.

3. O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.

A fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União, com fundamento na própria Constituição, possui uma grande abrangência horizontal e vertical, podendo ser exercido preventiva, concomitante e posteriormente. Considerando um processo licitatório, o TCU

poderá analisar o certame após a adjudicação do objeto licitado, durante o processo licitatório, antes da adjudicação, e também ainda na fase interna da licitação, quando poderá determinar alteração do edital, por exemplo, para se corrigir irregularidades. O tempo do exercício do controle é determinado pelo próprio TCU, segundo critérios de materialidade e risco, oportunidade e conveniência, ou por provocação.

Assim, a escolha do momento da fiscalização deve considerar diversos aspectos, daí falar-se em oportunidade e conveniência. Imagine-se uma fiscalização no Tribunal Regional Eleitoral, na área de TI, em ano de eleições; seria inconveniente e inoportuna, haja vista que uma análise de custo-benefício desse controle, indicaria que o momento da execução deveria ser outro. O controle deve sempre evitar a interferência, o embaraço, o incômodo sobre o dia a dia das organizações, devendo ser planejado para atuar na medida necessária ao cumprimento do seu dever institucional, sendo indevidas as fiscalizações por tempo excessivo, ou em momentos críticos da organização fiscalizada.

A abrangência da ação de controle foi bastante ampla na Constituição, conforme se verifica do texto do art. 70, ao determinar que a fiscalização poderá abranger os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Com isso, a CF deu amplos poderes de controle ao TCU, não limitando, como já foi no passado, a análise a verificar se os atos administrativos observaram formalmente os normativos em vigor; é muito que isso, pois, ao se analisar o aspecto operacional, o controle poderá verificar se a gestão administrativa está sendo efetiva, alcançando os resultados que se esperam do uso dos recursos públicos; se as escolhas administrativas se fundamentam em uma análise de custo-benefício; nesse sentido, o mérito administrativo será fiscalizado, o que não significa que o TCU poderá substituir a vontade administrativa, mas poderá, como se demonstrará adiante, impugnar aquelas que não demonstrem ser razoáveis, à luz da eficiência, economicidade, dos resultados alcançados. Além da previsão do art. 70, uma importante previsão constitucional fundamenta essa atuação do

TCU de modo a abranger o mérito administrativo; trata-se dos princípios previstos no art. 37 da CF: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A eficiência foi acrescida ao Texto Constitucional pela EC 19/1998. A partir da ascensão do neoliberalismo ao governo brasileiro (período FHC), introduziu-se, ou consolidou-se, o conceito de administração gerencial, a qual baseava-se na busca pela melhoria da eficiência da administração pública; não bastava mais ao administrador agir conforme as formalidades previstas em lei; ele precisava ficar atento a aspectos como busca de resultados, economicidade, custo-benefício. Com essa alteração constitucional, o controle externo também precisou se reinventar para introduzir uma nova forma de fiscalização que contemplasse essa nova visão da gestão pública. A previsão da eficiência como princípio da administração pública, consolidou a possibilidade do TCU questionar os fundamentos do mérito administrativo (objeto e motivo), o que pode ser verificado nas decisões que surgiram na Corte de Contas a partir desse novo horizonte ampliado.

O princípio da eficiência trouxe a necessidade de uma postura mais técnica ao gestor público, o que não significa, no ensinamento de Alexandre de Moraes, tecnicismo¹⁸.

Quanto à aplicação do princípio da eficiência em ações de controle externo, o TCU (Acórdão 2062/2012 – TCU – Plenário¹⁹) já explicitou tal princípio ao apontar irregularidade em contrato em que se utilizou critério de medição por homem/hora em detrimento de outro critério em que pudesse ser mensurado o resultado dos serviços prestados.

Assim, o controle externo necessita adequar suas ações de controle com vistas a analisar a eficiência da gestão, o que demandará ferramentas adequadas para tal missão.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42538/41302>>. Acesso: 19/6/2016.

¹⁹ Brasil. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2062/2012. Relator: Ministro Valmir Campelo.

Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2062&anoAcordao=2012>. Acesso: em 18/9/2016.

O TCU tem sua competência prevista na Constituição Federal, no artigo 71, que prevê, dentre outras: julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; realizar fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em todos os poderes, dentre outras.

Regulamentando o texto constitucional, a Lei 8.443/1993, LOATCU, estabelece, dentre outros aspectos, os instrumentos de atuação da Corte de Contas. Pode-se afirmar que os instrumentos de controle do TCU são divididos em dois grandes grupos, previstos no Título II da LOATCU: julgamento das contas prestadas e fiscalizações, sendo o primeiro previsto no capítulo 1 do Título II (artigos 6-35), e o segundo no capítulo 2 do mesmo Título (artigos 36-48).

O julgamento das contas abrange tanto as contas prestadas anualmente pelos gestores públicos que estão obrigados a encaminhá-las ao TCU, de acordo com calendário especificado pela Corte de Contas, como também a Tomadas de Conta Especial, instrumento de controle nos casos de desvio, desfalque, dano ao erário, ou no caso de omissão no dever de prestar contas.

A prestação de contas pelos gestores está fundamentada no princípio republicano, uma vez que tem por objetivo demonstrar à população o que se fez com os recursos públicos e se foram usados corretamente; afinal, o dinheiro vem, precipuamente, dos recursos arrecadados por meio da tributação da própria população. O gestor exerce um mandato em nome daquele que detém a soberania (o povo), e nesse sentido deve demonstrar que empregou o dinheiro público de forma a fornecer os serviços e obras necessários ao bem estar da população. Para isso, a Constituição Federal criou o TCU para exercer, em nome da população, esse controle dos gastos públicos. A prestação de contas anual ocorre regularmente, independe de haver irregularidade; aliás, o ideal é que não haja. Por sua vez, a Tomada de Contas Especial somente

é usada quando se está diante de fortes indícios de dano ao erário e, assim, independe da iniciativa do gestor.

As fiscalizações podem ser auditorias e inspeções, sendo esta de âmbito mais restrito, quando se pretende sanear determinado processo, em razão de dúvidas ou incompletudes, que impossibilitem a apreciação do processo pelo Tribunal de Contas. A auditoria pode ser considerada o instrumento que melhor represente a atuação do TCU, tendo em vista sua abrangência e variações, que podem ir desde as auditorias de conformidade, em que se analisa os atos e contratos administrativos à luz das normas jurídicas, até as auditorias operacionais, cujo principal objetivo é aferir a eficiência da gestão e o atingimento das metas, propor mudanças com vistas a melhorar o desempenho do órgão ou entidade que esteja sendo fiscalizado.

Seja qual for o instrumento inicialmente utilizado para uma ação de controle, todos, em regra, resultarão em um processo que será apreciado pelos Ministros do TCU.

Embora todas as ferramentas de controle a disposição do TCU possam em alguma medida analisar o desempenho, a economicidade, a eficiência de determinado órgão ou entidade da administração pública, a auditoria operacional é a que melhor traduz a possibilidade de controle da eficiência da administração pública. Nesse sentido, o TCU lançou em 2010 o Manual de Auditoria Operacional, cujo capítulo intitulado "Dimensões de Desempenho" define auditoria operacional²⁰ 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".

Na sequência do referido manual são apresentados conceitos para economicidade, eficiência, efetividade e eficácia, que são as quatro dimensões do desempenho.

²⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058980.PDF>, p.12. Acesso: 18/9/2016.

Como exemplo do uso pelo TCU da auditoria operacional para aferir a eficiência, veja-se o Acórdão 2210/2015 – TCU – Plenário, o qual apreciou o processo referente à auditoria operacional realizada nos aeroportos brasileiros, cujo objetivo foi avaliar os procedimentos adotados pela Secretaria de Aviação Civil (SAC PR), pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para garantir o nível de serviço adequado aos usuários dos aeroportos que integram a rede nacional de transporte aéreo regular. O resultado dos trabalhos resultou algumas recomendações e determinações à Anac²¹ para o aprimoramento dos serviços aeroportuários nacionais.

O que se verifica é a mudança de postura da Corte de Contas, que, adotando uma postura pragmatista, lançando olhar para o resultado da ação da administração pública, procurando avaliar a eficiência dos órgãos e entidades, determinando e recomendando mudanças em procedimentos, sem que para isso, tenha lançado mão de sanções pecuniárias; ou seja, mais importante que a punição, procurou-se garantir a melhoria dos serviços prestados aos usuários.

Dessa forma, o controle externo exercido pelo TCU não substitui as escolhas administrativas, mas aponta deficiências no procedimento de determinadas escolhas e, ao mesmo tempo, indica possíveis alternativas para que o gestor possa conduzir a administração pública a atingir melhores níveis de desempenho, decidindo, por si só, qual a alternativa mais conveniente e oportuna.

A atuação do TCU sobre a discricionariedade administrativa é de uma autocontenção, evitando-se uma indevida intervenção nas funções específicas da Administração Pública, o que feriria o próprio Princípio Republicano e Democrático, tendo em vista que o Chefe do Poder Executivo carrega a legitimidade das urnas nas escolhas administrativas. O controle do TCU

²¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2210/2015. Relatora: Ministra Ana Arraes.

Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2210&anoAcordao=2015>. Acesso: 18/9/2016.

assemelha-se ao controle do Judiciário, na medida em que procura dar deferência às decisões administrativas, limitando-se a verificar se os procedimentos adotados pelo gestor estão em consonância com o devido processo legal, e se o Princípio da Eficiência foi observado na decisão final da Administração Pública.

Muitas vezes, o que parece ser uma intromissão do TCU sobre as escolhas administrativas, na verdade é uma correção de procedimentos do gestor, que deixa de cumprir com todos os requisitos procedimentais, levando a escolhas que maculam outros princípios constitucionais. Exemplo já citado anteriormente, trata da escolha entre comprar veículos de serviço ou utilizar-se da contratação do serviço de transporte. Embora, a primeira vista possa parecer uma simples discricionariedade, o TCU exige que o gestor realize estudos anteriores, considerando todos os aspectos importantes para a tomada de decisão. É fundamental que o órgão que irá tomar a decisão responda a determinadas perguntas, que o levarão por um caminho mais seguro para escolha da melhor solução para o atendimento do interesse público: qual a demanda de transporte? Transporte de pessoas apenas; de material, de pessoal e material? Quais os locais que precisam do serviço de transporte? Qual a distância de deslocamento? Haverá deslocamentos em rodovias? Quais as distâncias médias de transporte? Quantas pessoas em média serão transportadas por evento? Haverá necessidade de pernoites do motorista?

Veja-se a variedade de questões que precisam ser respondidas antes de se decidir por comprar ou locar. O que se observa em muitas situações é que o gestor faz uma avaliação precária de suas necessidades e, em razão de poucas informações que possui, acaba por escolher com uma quase arbitrariedade, impondo ao TCU uma intervenção nas decisões.

O TCU, por ocasião do Acórdão 126/2014 – TCU – Plenário²², ao apreciar Embargos de Declaração, em que a entidade do Sistema "S" alegava uma intromissão do TCU na

²² Brasil. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 126/2014. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=126&anoAcordao=2014>>. Acesso: 18/9/2016.

discricionarieidade administrativa, em razão da determinação da Corte de Contas para que "formalizassem processos de execução dos contratos, reunindo a documentação física e financeira (...)", o Ministro-Relator considerou que uma determinação tão objetiva, cujo objetivo seria tornar o controle dos contratos mais eficientes, não constituiria invasão da esfera discricionária pelo TCU.

Verifica-se que, na verdade, não houve qualquer intromissão do TCU na escolha da entidade, mas tão somente uma determinação para que os procedimentos de controle dos contratos fossem ajustados pela entidade, a fim de proporcionar um acompanhamento pela própria entidade e, também, a fim de possibilitar um controle adequado dos órgãos incumbidos de fiscalização, como o próprio TCU. Assim, havia uma certa negligência da entidade no gerenciamento da execução de seus contratos.

Em outra assentada, o TCU apreciou uma representação que apontava indícios de desequilíbrios econômico-financeiros em contratos de concessão de rodovias federais, decorrentes de tarifas superavaliadas, a operar em desfavor dos usuários. O Acórdão 2927/2011 – TCU – Plenário²³, dando deferência às decisões da agência reguladora, determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres que adotasse, nas recomposições do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, a metodologia aprovada na Resolução ANTT 3.651/2011, ou outra que entendesse mais adequada, para os eventos decorrentes de inserções de investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias.

Assim, os limites de atuação do Tribunal de Contas da União são estabelecidos pelo próprio Tribunal, com deferência às escolhas do gestor. Todavia, o TCU acompanha e fiscaliza se os procedimentos previstos em leis ou decorrentes dos princípios constitucionais foram

²³ Brasil. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2927/2011. Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2927&anoAcordao=2011>>. Acesso: 18/9/2016.

observados pela Administração Pública e se as decisões administrativas alcançaram a eficiência no uso dos recursos públicos.

CONCLUSÃO

A discricionariedade pode ser entendida como uma ferramenta para se dar concretude às leis e para limitar do Poder Executivo, tendo em vista que há limites e requisitos para a ação administrativa discricionária.

Diante de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, o poder discricionário tem papel relevante para se alcançar as finalidades estabelecidas em lei, o que não pode ser confundido com arbitrariedade. Até os atos discricionários estão sujeitos à observância da finalidade pública e tendo o interesse público como balizador das decisões.

O Tribunal de Contas da União possui competência constitucional e ganhou destaque com a Constituição de 1988, tendo em vista que anteriormente era limitado em sua atuação, não alcançando os atos discricionários e tampouco as empresas estatais. O Princípio da Eficiência, inserido no texto constitucional com a Emenda 19/1998, embora já constasse das decisões do TCU, tornou-se uma importante ferramenta para que se exigisse do administrador público atenção especial nas suas escolhas, pois a discricionariedade precisa ser justificada com estudos que demonstre que determinada escolha era a que se mostrava a mais eficiente.

Procurou-se demonstrar que o TCU, nas suas atuações perante as escolhas administrativas, adota uma auto contenção, dando deferência às decisões administrativas, abstenendo-se de imiscuir-se na administração do gestor, sem, todavia, fiscalizar todo o procedimento seguido pelo gestor para chegar à determinada decisão.

Dessa forma, registra-se a importância do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, em especial no que se refere ao controle dos atos discricionários, os quais necessitam, com mais razão, de uma efetiva motivação.

REFERÊNCIAS:

- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 15ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 332ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2009.
- KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 1ª ed. USA: Amazon. 2006.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.