

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CONTROLE EXTERNO E GOVERNANÇA  
PÚBLICA**

**MARIANA LEÃO MARQUES LEAL**

**CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DIANTE DA  
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

**GOIÂNIA  
FEVEREIRO 2017**

**MARIANA LEÃO MARQUES LEAL**

**CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DIANTE DA  
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação como requisito parcial para obtenção do título de Pós-Graduado em Controle Externo e Governança Pública.

Orientador: Professor Bruno Magalhães D'Abadia

**GOIÂNIA  
FEVEREIRO 2017**

# **CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DIANTE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

**Mariana Leão Marques Leal**

**Bruno Magalhães D'Abadia**

**Sumário:** 1 Controle da Administração Pública. 1.1. Tribunais de Contas 2 Discricionariedade administrativa 2.1 Poder discricionário 2.2 Atos administrativos 2.3 Mérito administrativo 3. Controle dos atos administrativos discricionários 3.1 Controle exercido pelo Poder Judiciário 3.2 Controle exercido pelos Tribunais de Contas

**Resumo:** O presente artigo aborda o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas diante da discricionariedade administrativa com o objetivo de identificar quais as possibilidades de fiscalização do poder discricionário conferido ao administrador. Dessa maneira, apresenta uma visão geral sobre controle da administração pública, com enfoque no controle exercido pelos Tribunais de Contas, destacando sua competência, composição e atribuições. Aborda os atos administrativos praticados pelos agentes administrativos no exercício da função executiva, adotando a classificação que os difere em discricionários e vinculados. Os atos administrativos discricionários se relacionam com o mérito administrativo, ou seja, o juízo de conveniência e oportunidade que pode ser exercido pelo administrador público a partir da margem de liberdade que a lei lhe concedeu. Tendo em vista esta atuação discricionária, a qual, certamente, pode sofrer controle externo, que se buscou traçar os limites de atuação dos Tribunais de Contas.

**Palavras- chave:** Controle externo. Tribunais de Contas. Atos administrativos. Discricionariedade administrativa.

**Abstract:** This article deals with the external control exercised by the Audit Courts in the face of administrative discretion with the objective of identifying the possibilities of supervising the discretion granted to the administrator. In this way, it presents an overview on public administration control, focusing on the control exercised by the Audit Courts, highlighting its competence, composition and attributions. It addresses the administrative acts practiced by administrative agents in the exercise of the executive function, adopting the classification that differs them in discretionary and related. The discretionary administrative acts are related to the administrative merit, that is, the judgment of convenience and opportunity that can be exercised by the public administrator from the margin of freedom that the law granted him. In view of

this discretionary action, which, certainly, can undergo external control, which sought to outline the limits of the Courts of Accounts.

**Key words:** External control. Courts of Accounts. Administrative acts. Administrative discretion.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico abordará o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas com o objetivo de identificar quais as possibilidades de fiscalização diante da discricionariedade administrativa.

O interesse pelo estudo surgiu em razão da relevância doutrinária e prática da temática, tendo em vista que, no julgamento de casos concretos pelos Tribunais de Contas, inúmeras situações podem decorrer do exercício do poder discricionário pelo administrador, o que faz gerar dúvidas sobre o alcance do controle.

Os Tribunais de Contas, conforme previsão dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal, possuem como competência a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, da administração direta e indireta. Essa fiscalização tem como jurisdicionados os administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como, qualquer pessoa que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Cabe ressaltar que esses jurisdicionados ao atuarem, em decorrência dos poderes administrativos que lhes foram conferidos, praticam atos administrativos, os quais podem ser vinculados ou discricionários, a depender da margem de liberdade que lei conferiu.

Portanto, os Tribunais de Contas, ao exercerem sua competência fiscalizatória, devem analisar os atos administrativos praticados por seus jurisdicionados. Contudo, este controle externo possui limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, principalmente, em razão do princípio da separação dos poderes, que impede a interferência indevida de um poder no outro, devendo ser

estabelecida uma relação harmônica e independente entre eles.

A partir disso, que surge a indagação do presente estudo no sentido de se estabelecer até que ponto o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas pode interferir na discricionariedade conferida ao administrador, inclusive, em relação ao mérito administrativo, ou seja, o juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo gestor público.

Para tanto, o estudo se baseou em pesquisa bibliográfica (livros e artigos científicos) e documental (leis e jurisprudências). Foi analisada a jurisprudência de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União a fim de verificar, na prática, como é feito o controle desses atos.

Assim, o primeiro capítulo apresenta um panorama sobre o controle da administração pública com o intuito de conceituá-lo e apresentar suas principais classificações. Particularmente, sobre o controle exercido pelos Tribunais de Contas, são expostas suas competências, atribuições e composição.

O segundo capítulo aborda a discricionariedade administrativa, com a finalidade de esclarecer sobre o poder discricionário, os elementos dos atos administrativos e o mérito administrativo.

Por fim, o terceiro capítulo irá tratar do controle dos atos administrativos discricionários, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos Tribunais de Contas, demonstrando as características em comum e específicas de cada um.

## **1. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

José dos Santos Carvalho Filho conceitua controle da administração pública como o “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, revista,

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo definem como:

(...) o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria administração pública, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todas as esferas de poder.<sup>2</sup>

Como se percebe, pelos conceitos apresentados, são elementos básicos do controle a fiscalização e a revisão. A partir disso, Carvalho Filho conceitua tais elementos da seguinte maneira:

A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração. A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo.<sup>3</sup>

O controle tem como objetivo assegurar a garantia dos administrados e da própria Administração no sentido de não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes administrativas. É através do controle que os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas, e por essa razão essa possibilidade espelha uma garantia para ambos.<sup>4</sup>

Feitas tais considerações, é importante apresentar as classificações mais usuais de controle administrativo, as quais podem ser subdivididas, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, quanto à extensão do controle, à natureza do controlador, à oportunidade e à sua natureza.<sup>5</sup>

Quanto ao a extensão do controle, o controle pode ser interno ou externo. O controle interno, previsto no artigo 74 da Constituição Federal, é aquele efetuado por

---

ampliada, atualizada. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2009.p. 893.

<sup>2</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 813

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. P. 893.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos.op. cit. P. 894.

<sup>5</sup> Ibidem. P. 895 – 898.

órgão integrante da própria estrutura em que se inclui o órgão controlado, no caso, a própria Administração realiza os controles sobre seus atos, conforme conceitua Helio Saul Mileski:

É a forma que a administração possui para verificar a regularidade e a legalidade de seus próprios atos, no sentido de se ater aos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, em que se inclui, inclusive, avaliação envolvendo conveniência administrativa do ato praticado.<sup>6</sup>

O controle externo, por outro lado, ocorre quando Poder ou órgão alheio ao órgão controlado realiza a fiscalização ou revisão, conforme conceitua Hely Lopes Meireles:

Controle externo é o que se realiza por órgão estranho à administração responsável pelo ato controlado, como, por exemplo, a apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo; a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação de determinada despesa do Executivo; a anulação de um ato do Executivo por decisão do Judiciário; a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo.<sup>7</sup>

Quanto à natureza do controlador, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial. O controle administrativo é aquele em que a própria Administração Pública, por iniciativa própria ou por provocação, exerce sobre sua atuação, consistindo na possibilidade de rever seus próprios atos, sendo, normalmente, denominado autotutela, conforme assevera Helio Saul Mileski:

O controle administrativo deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre os seus próprios atos e agentes, dando-lhe condições para anular, revogar ou alterar esses atos, bem como para punir os seus agentes com as penalidades estatutárias previstas.<sup>8</sup>

O controle legislativo é exercido pelo Poder Legislativo em face dos demais Poderes do Estado e sobre sua própria administração, podendo ser de natureza política ou financeira, sendo exemplos deste exercício: possibilidade de sustação de atos e contratos do Poder Executivo; convocação de Ministros e requerimentos de informações, queixas e representações dos administrados; instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito; julgamento das contas do Chefe do Poder

---

<sup>6</sup> MILESKI, Helio Saul. **O controle da Gestão Pública**. 2º Ed., Minas Gerais: Fórum, 2011. p 172.

<sup>7</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 626.

<sup>8</sup> MILESKI, Helio Saul. op. cit. p 178.

Executivo; exercício do controle externo da Administração Pública direta e indireta, com auxílio do Tribunal de Contas.

O controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário, é realizado diante de casos concretos e unicamente sob a ótica da legalidade, restrito à verificação da conformidade do ato com a legislação e com a Constituição e tem como fundamento o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o que determina que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. São exemplos de meios judiciais: habeas corpus; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção e habeas data.

Quanto à oportunidade, o controle pode ser prévio, concomitante ou posterior. O controle prévio antecede a conclusão do ato administrativo; o controle concomitante é todo aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação; e o controle posterior é o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando a corrigir eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia.

Quanto à natureza, o controle pode ser de legalidade ou de mérito. O controle de legalidade é o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com todo sistema normativo que o rege.

Por outro lado, o controle de mérito é o controle de conveniência e oportunidade do ato, atingindo diretamente a discricionariedade do Administrador. Neste sentido, Mileski assevera que:

O controle de mérito, diferentemente do controle de legalidade, busca verificar o resultado da ação administrativa na consecução dos fins do Estado, avaliando a eficiência, a eficácia e a economicidade dos atos praticados, tendo em conta a conveniência e oportunidade dos mesmos.<sup>9</sup>

## 1.1 TRIBUNAIS DE CONTAS

A Constituição Federal, nos artigos 70 a 75, dispõe sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das

---

<sup>9</sup> MILESKI, Helio Saul. op. cit. p 178.



entidades da administração direta e indireta de todos os poderes, destacando que ela será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Este controle financeiro, sob responsabilidade do Congresso Nacional, deve ser exercido com auxílio dos Tribunais de Contas, conforme previsão do artigo 71, da Constituição Federal, devendo atingir todas as pessoas que administram bens ou dinheiros públicos.<sup>10</sup>

Cabe ressaltar que os Tribunais de Contas não integram o Poder Legislativo, tratando-se de órgão dotado de autonomia, sendo denominado como “órgão constitucional autônomo”. De acordo com Evandro Martins Guerra suas características principais são as seguintes:

Algumas características lhe são peculiares: é órgão híbrido, com funções de caráter técnico e jurisdicional; possui molde único, tendo como paradigma o Tribunal de Contas da União; possui linha hierárquica própria e independente, apartada dos Poderes; goza de autonomia administrativa e funcional, escolhendo inclusive a sua direção; possui composição multidisciplinar, contando com membros formados em direito, contabilidade, economia e administração; garantias constitucionais aos seus membros no mesmo molde daquelas dedicadas aos do Poder judiciário; iniciativa legislativa própria e competência normativa reguladora específica.<sup>11</sup>

O Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros nomeados entre brasileiros natos, que possuam mais de 35 e menos de 65 anos de idade, idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e com mais de 10 anos de efetivo exercício ou de efetiva atividade profissional. Os Ministros do Tribunal de Contas da União têm as mesmas garantias, impedimento, vencimento e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.<sup>12</sup>

Aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compostos, cada um deles, por sete Conselheiros, aplicam-se, no que couber, as

---

<sup>10</sup> Constituição Federal, artigo 70, § 1º.

<sup>11</sup> GUERRA, Evandro Martins Guerra. **O sistema Tribunal de Contas: principais apontamentos.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jun. 2002. Disponível em: [http://bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_telacheia\\_pesquisa.aspx?i=6986&p=2](http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=6986&p=2). Acesso em 25/01/2017 às 17:11.

<sup>12</sup> Constituição Federal, artigo 73.

mesmas disposições aplicáveis ao Tribunal de Contas da União.<sup>13</sup>

A Constituição Federal, no artigo 71, estabelece as competências do Tribunal de Contas da União, as quais podem ser classificadas em técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas.<sup>14</sup> Mileski as definem da seguinte maneira:

Opinativas são atribuições técnicas de emissão de Parecer Prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo; verificadoras são atividades de auditoria que buscam constatar e avaliar os atos dos administradores públicos; assessoradoras são, por exemplo, os trabalhos desenvolvidos em resposta às consultas formuladas pelos administradores; e jurisdicionais administrativas que envolvem a função de julgamento das contas por bens e valores públicos.<sup>15</sup>

É importante diferenciar os tipos de controles realizados pelos Tribunais de Contas, ao exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, previstos no artigo 70, da Constituição Federal, o qual dispõe que será quanto à legalidade, legitimidade e economicidade;

O controle de legalidade visa verificar se os atos praticados pelos gestores públicos atenderam ao princípio da legalidade, ou seja, se cumpriram o ordenamento jurídico nacional, o qual abarca leis e princípios. Por este motivo, este controle também abarca a análise da constitucionalidade de leis e atos administrativos, no sentido de preservar a ordem jurídica determinada constitucionalmente.<sup>16</sup>

Jacoby explica o controle de legalidade referindo-se ao princípio da aderência a diretrizes e normas, o qual normatiza que “a ação dos agentes de controle deve ser realizada com fiel cumprimento das diretrizes públicas e do acatamento de leis e normas em geral”<sup>17</sup>

Assevera também que o agente de controle ao desempenhar sua função, deve verificar se o gestor, ao atuar de determinada maneira, agiu da melhor forma no momento do fato. Nesse sentido dispõe:

---

<sup>13</sup> Constituição Federal, artigo 75.

<sup>14</sup> MILESKI, Helio Saul. op. cit. p 308

<sup>15</sup> Ibidem, p. 308.

<sup>16</sup> MILESKI, Helio Saul. op. cit. p. 290.

<sup>17</sup> JACOBY, Ulisses Fernandes. **Tribunal de Contas do Brasil**. 4<sup>o</sup> Ed. Editora Fórum. p. 52

Quando busca o fiel cumprimento das normas e diretrizes, o órgão de controle também tolera, por dever de lógica, um conjunto de interpretações consideradas juridicamente razoáveis e ações que não tiveram rendimento ótimo, por terem sofrido os efeitos de fatores razoavelmente imprevistos.<sup>18</sup>

O controle de legitimidade, novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, trouxe nova dimensão para a atuação dos Tribunais de Contas, o qual deixou de realizar apenas um controle puramente formal para também verificar o atendimento ao interesse público e moralidade.

Mileski afirma que:

De uma maneira geral, legitimidade deriva de legalidade. Legitimidade seria então estar conforme a lei e ao Direito. Contudo, deixa de encerrar apenas uma conformação de natureza legislativa, indo mais além, na medida em que se estrutura em fundamentos de moralidade, identificando-se com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, na consecução dos objetivos estatais- o interesse público.<sup>19</sup>

Jacoby traduz o controle de legitimidade como “a aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos alcançados ou pretendidos”<sup>20</sup>

O controle de economicidade visa aferir a relação entre o custo e o benefício das atividades e resultados obtidos pelos administradores, pelos aspectos da eficiência e eficácia. Significa realizar algo ao menor custo possível, nas palavras de Mileski: “significa dizer que a Administração tem o dever de ser eficiente na realização do interesse público, com o dinheiro arrecadado do povo sendo utilizado para o alcance do maior benefício pelo menor custo e para uma maior quantidade de cidadãos”.<sup>21</sup>

## **2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>19</sup> MILESKI, Helio Saul. op. cit. p. 292.

<sup>20</sup> JACOBY, Ulisses Fernandes. op. cit. p. 60.

<sup>21</sup> MILESKI, Helio Saul. op. cit. p. 293.

## 2.1 PODER DISCRICIONÁRIO

Conforme conceituação de José dos Santos Carvalho Filho, os poderes administrativos são o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos a fim de permitir que o Estado alcance seus fins.<sup>22</sup>

Neste contexto, pode-se diferenciar os poderes administrativos em discricionário e vinculado. O poder discricionário é a prerrogativa concedida aos agentes para que diante de várias condutas possíveis, ele escolha aquela que seja mais conveniente e oportuna. Ao contrário, o exercício do poder vinculado não confere margem de escolha ao administrador.

Edimur Ferreira de Faria diferencia estes poderes da seguinte maneira:

(..) determinada faixa legal na qual o administrador transita com certa liberdade de escolha de alternativas e de praticar o ato administrativo conveniente e oportuno, quando, diante do caso concreto, não encontra norma determinando-lhe de maneira categórica e objetiva a conduta a ser adotada.<sup>23</sup>

Essa oportunidade de escolha dada ao administrador acontece, pois a lei, por mais previdente que seja o legislador, não tem condições de reger todos os fatos futuros que interessam ao Direito, Estado e à sociedade. Portanto, diante de certa situação, o administrador público poderá praticar o ato que julgar conveniente, devendo adotar a alternativa que melhor atenda à finalidade da lei e ao interesse público.<sup>24</sup>

Nota-se que o ato administrativo é decorrência do exercício de um poder administrativo. Assim, em relação ao poder discricionário assevera Edimur Ferreira de Faria:

---

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 46.

<sup>23</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário. Editora Fórum. 2<sup>o</sup> edição. p. 139 - 140

<sup>24</sup> Ibidem. p. 135.

A discricionariedade é da Administração e não do ato. Este é o resultado daquele. Primeiro porque o ato é apenas decorrência ou materialização do poder discricionário, segundo porque é vinculado ao agente competente, à forma, à hipótese legal, ao pressuposto de fato, à finalidade e ao motivo. O elemento móvel seria a conveniência ou a oportunidade, elementos extrínsecos ao ato administrativo. É evidente que esse móvel dá ao administrador a oportunidade de dizer a finalidade, o motivo e o objeto do ato, mas sempre de acordo com o arcabouço legal e, sobretudo, com o interesse público.<sup>25</sup>

## 2.2 ATOS ADMINISTRATIVOS

O estudo do ato administrativo integra parte essencial do Direito Administrativo tendo em vista que a função executiva é cumprida por meio dele. Por esta razão, existem inúmeras conceituações para definir tal instituto.

José dos Santos Carvalho Filho o define com as seguintes palavras: “Exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.<sup>26</sup>

Percebe-se pela descrição que a vontade deve emanar de agente da administração pública, ou seja, indivíduo que exerça função administrativa, a qual difere das funções jurisdicional e legislativa. Seu conteúdo deve propiciar efeitos jurídicos com fim público, devendo ser regido pelo regime jurídico de direito público. Tais características que diferem o ato administrativo do ato puramente jurídico, sendo o primeiro, espécie deste último.

São elementos dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A Lei nº 4.717 de 1965 (Lei de ação popular) serve de parâmetro para estabelecimento destes requisitos, em razão de prever no artigo 2º as situações nas quais um ato pode ser considerado inválido. Portanto, tais elementos são requisitos de validade do ato, estando algum em desacordo com a lei, o ato deve ser

---

<sup>25</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. op. cit. p. 141.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 95.

considerado nulo.

A competência ou sujeito é “o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo.”<sup>27</sup> É a Lei que define essas competências e restringe o campo de atuação do agente, o qual só pode agir de acordo com essa delimitação, sendo, portanto, um elemento vinculado do ato.

São características da competência, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: exercício obrigatório, irrenunciável, intransferível, imodificável e imprescritível.<sup>28</sup> José dos Santos Carvalho Filho acrescenta como característica a improrrogabilidade.<sup>29</sup>

A finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público.<sup>30</sup> Trata-se, também, de elemento vinculado e está associada à competência, tendo em vista que o agente ao atuar de acordo com o delimitado pela lei, conseqüentemente, irá atingir o fim perseguido. Cabe ressaltar que o desrespeito ao interesse público trata-se de abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade.

A forma é o modo de exteriorizar o ato administrativo. Assevera Carvalho Filho que sem sua presença, o ato sequer completa o ciclo da existência.<sup>31</sup> Em regra, os atos administrativos são escritos, mas isso não significa que não existem outras maneiras de exteriorização, podendo ser verbais, por exemplo.

Como regra geral, a forma é elemento vinculado do ato. Contudo, há situações nas quais ela pode ser considerada discricionária, tendo em vista que quando a lei não exigir forma determinada, cabe ao administrador definir o que considere a mais adequada. Esta interpretação advém da análise do artigo 22 da Lei nº 9.784 de 1999, que dispõe que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

O motivo é a causa imediata do ato administrativo, sendo o fato e fundamento jurídico que levam à prática do ato. Como define José dos Santos Carvalho Filho, é

---

<sup>27</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Op. cit. p. 454.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 455.

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO. José dos Santos. Op. cit. p. 102.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 114.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 105.

situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo.<sup>32</sup> Isso significa que os atos administrativos são praticados quando ocorre a coincidência entre uma situação de fato e uma hipótese descrita no mundo legal.<sup>33</sup>

Este elemento pode ser vinculado ou discricionário, ou seja, a lei pode determinar que se faça algo diante de um fato ou autorizar que se faça, não sendo uma obrigação, mas uma faculdade a ser exercida segundo os critérios da oportunidade e conveniência.

Por fim, o objeto é o próprio conteúdo material do ato, ou seja, o resultado prático. É a alteração que o ato provoca no mundo jurídico, é o efeito jurídico imediato que ele produz.<sup>34</sup> São requisitos de validade do objeto ser lícito, determinado ou determinável e possível. Além disso, da mesma maneira que o motivo, trata-se de requisito que pode ser vinculado ou discricionário.

### 2.3 MÉRITO ADMINISTRATIVO

Conforme já analisado, a legislação permite que em certos atos o agente avalie qual a melhor forma de atuar ao ponderar os aspectos de conveniência e oportunidade. Estes dois elementos compõem o mérito administrativo, que é definido por José dos Santos Carvalho Filho como:

A avaliação da conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática de ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese.<sup>35</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello assim o conceitua:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que

---

<sup>32</sup> Ibidem. p. 107.

<sup>33</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. Paulo, Vicente. Op. cit. 463.

<sup>34</sup> Ibidem. p. 465.

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 119.

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.<sup>36</sup>

Portanto, a discricionariedade administrativa está totalmente atrelada ao conceito de mérito administrativo, tendo em vista que ela envolve a análise do binômio “oportunidade e conveniência”, sendo que esta liberdade para optar pela extensão e intensidade da medida a ser adotada, a fim de solucionar o caso concreto e realizar o interesse público, só está presente nos atos discricionários e nunca nos atos vinculados.

A conveniência indica que condições vai conduzir o agente, já a oportunidade diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Diante disso, algo é conveniente se for adequado, quando for capaz de cumprir o objetivo previsto em lei, assim, ela “diz respeito a fatos, lugares, acontecimentos, situações, razoabilidade, utilidade, moralidade, economia.”<sup>37</sup>

Por outro lado, o ato é oportuno quando for praticado em tempo hábil, no momento correto. Como assevera José Sérgio da Silva Cristóvam “o critério de oportunidade guarda afetação às circunstâncias de tempo e ambiente, sendo, portanto, variável de um indivíduo a outro, em diferentes lugares e momentos históricos.”<sup>38</sup>

Continua alegando que:

O administrador, antes de decidir por editar o ato administrativo, ou abster-se de sua prática, deve refletir satisfatoriamente acerca da conveniência e oportunidade da atividade administrativa,

---

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

<sup>37</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7575](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7575)>. Acesso em jan 2017

<sup>38</sup> *Ibidem*.



ponderando sobre uma infinidade de aspectos que possam influenciar no acerto ou desacerto da medida eleita. O julgamento do que se pode entender por conveniente e oportuno, no mundo do ser, certamente não reflete uma uniformidade plena, dada a indeterminação e vagueza do significado destas expressões.<sup>39</sup>

Percebe-se que essa valoração de conveniência e oportunidade reflete a “reserva do possível”, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível a prática ou não de certa ação governamental e, por via de consequência, o que se revela viável a ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

Importante salientar que a análise da conveniência e oportunidade só está presente no motivo e objeto, elementos dos atos administrativos, e jamais na competência, forma e finalidade, os quais sempre serão elementos vinculados. O motivo e objeto, obviamente, também poderão ser vinculados, contudo, a lei pode conferir essa discricionariedade, quando não puder antecipadamente prever todas as situações possíveis.

### **3. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

#### **3.1 CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO**

A Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, tratando-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Tendo por base esta previsão constitucional que os atos praticados pela Administração Pública podem ser controlados pelo judiciário.

Contudo, em razão do princípio da separação dos poderes, existem limites a serem observados pelo Poder Judiciário ao se imiscuir no âmbito administrativo.

---

<sup>39</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. op. cit.

Nesse sentido, é pacífico na doutrina, que o controle judicial somente abarca a legalidade, não podendo adentrar no mérito administrativo, ou seja, na discricionariedade, pois se assim agisse estaria substituindo o próprio papel do administrador. Dessa maneira, o juiz não poderia anular um ato administrativo sob o fundamento de haver outra medida legítima e razoável.

Nesse sentido, Miguel Seabra Fagundes esclarece que:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.<sup>40</sup>

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles:

Ao Poder Judiciário não é dado dizer da conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, mas, no exame da legalidade, na aferição dos padrões jurídicos que serviram de base à realização do ato impugnado, é dever da Justiça esquadrihar todos os ângulos em que se possa homiziar a ilegalidade, sob o tríplice aspecto formal, material e ideológico.<sup>41</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfatiza:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.<sup>42</sup>

Todavia, deve-se esclarecer que o juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo gestor deve observar o ordenamento jurídico como um todo, o que engloba as normas em geral, quais sejam leis e princípios, tanto infraconstitucionais quanto constitucionais. Portanto, apesar de o Poder Judiciário não poder adentrar no mérito em si, ou seja, fazer a apreciação da conveniência ou oportunidade, ele deverá verificar se houve obediência às leis, à Constituição Federal e a todos os

---

<sup>40</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro, v. 23, p. 167.

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 167.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 210.

seus princípios.

Flávio Rosendo dos Santos observa:

O termo 'lei' deve ser entendido em sentido amplo, isto é, não está atrelado à ideia de lei formal, pois ela não é a única fonte do direito. Repousa, primeiramente, nas normas constitucionais e em seguida, na lei e nos instrumentos normativos com força de lei, além de em outros atos normativos inferiores, expedidos pelo Poder Público. De fato, o princípio da legalidade deve assumir sentido mais amplo, deve significar mais do que a mera observância à lei em sentido estrito, deve significar observância ao Direito; para que se atenda o princípio da legalidade todo o sistema jurídico de normas deve ser alvo de deferência. Por óbvio, no contexto dessa afirmação devem ser inseridos os demais princípios constitucionais, normas jurídicas que são e dotados de observância obrigatória, sejam eles explícitos ou implícitos.<sup>43</sup>

Deste modo, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários estão vinculados à ordem constitucional, ou seja, devem observar regras e princípios. Neste cenário, é preciso frisar que princípios e regras são normas jurídicas e, conforme sustenta Canotilho, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos.<sup>44</sup> Continua:

São normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.<sup>45</sup>

Por outro lado, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma

---

<sup>43</sup> SANTOS, Flávio Rosendo. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro no princípio da eficiência.** Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 13, n. 151, set. 2013. Disponível em: [http://bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_telacheia\\_pesquisa.aspx?i=97119&p=1](http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=97119&p=1). Acesso em jan. 2017.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 167.

<sup>45</sup> Ibidem. p. 534.

exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida.<sup>46</sup> Diante disso, as regras correspondem a determinações no campo do possível fático e juridicamente, de modo que, uma vez válidas, se exige o seu cumprimento pleno, não podendo o agente fazer mais nem menos do que elas obrigam.

Realizadas tais ponderações, importante citar Celso Antônio Bandeira de Mello que alega que os princípios gerais da razoabilidade, proporcionalidade, lealdade, boa-fé e isonomia concorrem para conter a discricionariedade em seus limites.<sup>47</sup> Desses princípios, é importante ressaltar, na análise do ato administrativo discricionário, o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle de discricionariedade, em razão de situações aparentemente legais, mas que retratam abuso de poder. Obviamente, que isto só pode ser evidenciado diante do caso concreto, devendo, sempre, haver cautela em relação ao princípio da separação dos poderes.

José dos Santos Carvalho Filho define razoabilidade como a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor de forma diversa.<sup>48</sup> Continua alegando que a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas<sup>49</sup>, ou seja, a conduta deve estar dentro dos padrões de normais de aceitabilidade. Não estando, há descumprimento ao princípio da ilegalidade, podendo ser considerada ilícita.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as

---

<sup>46</sup> Ibidem. p. 167-168.

<sup>47</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit. p. 110.

<sup>48</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 36.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 37.

possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.<sup>50</sup>

Este princípio está associado à análise da adequação e necessidade de determinado ato ou conduta da Administração, assim, ele deve ser apto a atingir os objetivos pretendidos, devendo ser exigível a adoção destas medidas, não havendo outro meio para se atingir esses resultados. Se não forem demonstrados tais requisitos, o ato não pode ser considerado razoável, não sendo lógico ou coerente, e dessa maneira, há uma ilegalidade que pode ser combatida pelo controle externo, muitas vezes pelo Poder Judiciário.

Como se percebe, nesse caso, não há interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo, ou seja, no juízo de valor quanto conveniência e oportunidade, mas, sim, um controle relacionado à própria validade do ato.

O princípio da proporcionalidade representa uma das vertentes do princípio da razoabilidade e, de acordo José dos Santos Carvalho Filho, o seu grande fundamento é o excesso de poder e o fim a que se destina é conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados. Prossegue afirmando que isso significa que o Poder Público quando intervém em atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção e esta deve se processar com equilíbrio.<sup>51</sup> Consequentemente, deve haver proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins que ele pretende alcançar.

Da mesma maneira que o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade é um freio para a discricionariedade administrativa, sendo uma forma de controle da Administração pública. Com este mesmo entendimento, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Nunca é demais frisar que, embora a razoabilidade e proporcionalidade sejam princípios utilizados para controlar a discricionariedade administrativa, não se trata de controle de mérito. Vale dizer, o ato que fira a razoabilidade ou proporcionalidade é um

---

<sup>50</sup>MELLO. op. cit.. p. 100.

<sup>51</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 38.

ato ilegítimo (não meramente inconveniente ou inoportuno) e deve ser anulado (não é cabível cogitar revogação sob fundamento de o fato seja desarrazoado ou desproporcional).<sup>52</sup>

Logo, o controle da discricionariedade a partir desses princípios ocorre quando um ato é praticado além do que a discricionariedade permitiu, sendo, portanto, ilegal por ter extrapolado os limites legais do mérito administrativo.

Sob este ponto de vista têm decidido os tribunais superiores, como se verifica:

Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. 2. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. 3. Agravo improvido.<sup>53</sup> (STF, Ag no RE 365.368/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22.05.2007)

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.<sup>54</sup>

### 3.3 CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

---

<sup>52</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. op. cit. p. 207.

<sup>53</sup> STF, Ag no RE 365.368/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22.05.2007.

<sup>54</sup> STJ, REsp 429.570/GO, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ 22.03.2004.

Apresentadas todas as considerações acerca de controle e atos administrativos, as quais foram necessárias para compressão do presente estudo, passa-se à análise do controle exercidos pelos Tribunais de Contas sobre atos administrativos discricionários.

Conforme já exposto, a Constituição Federal, no artigo 70 cumulado com o 71, os Tribunais de Contas são responsáveis pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. Essa previsão é de fundamental importância para identificar até que ponto podem os Tribunais de Contas se imiscuir na atividade administrativa.

Dessa maneira, o controle de legitimidade e de economicidade, em certo ponto, atingem, sim, o mérito administrativo, sendo essa a diferença primordial do controle exercido pelo Poder Judiciário, o qual, como já defendido, só realiza o controle da legalidade, o que, obviamente, pode adentrar na discricionariedade administrativa, desde que tenha como parâmetros o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, normas (leis e princípios) constitucionais e infraconstitucionais.

Exige a Constituição, em seu art. 70, que sejam analisadas a legalidade, a economicidade e a legitimidade do gasto público. Não basta o confronto do gasto público com os aspectos legais que o circundam ou a verificação do custo-benefício, pura e simplesmente em termos monetários, acarretado pela prática do ato de gestão, o Constituinte Originário foi além, exigiu também que se verifique a legitimidade do gasto público

Cabe ressaltar que estes controles exercidos não se confundem com a gestão em si, tendo em vista que eles somente apontam a causa do problema, ou seja, porque determinado fim não foi atingido, mas a decisão sobre qual rumo adotar é sempre do gestor público.

Feitas essas considerações, é importante adentrar de fato nesses tipos de controle realizados pelos Tribunais de Contas.

Nesse sentido, o controle de legalidade está relacionado aos aspectos formais e, portanto, possui bases mais precisas, o que traz mais segurança para quem controla e para quem é controlado, estando ligado à ideia de segurança

jurídica. Deste modo, o controlador faz um primeiro juízo de valor quanto à adequação dos gastos público ao sistema normativo que o rege.

Neste sentido, Ricardo Lobo Torres assevera que:

O controle de legalidade implica, em uma primeira acepção, o exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública, o que compreende inclusive o controle dos atos normativos da administração.<sup>55</sup>

Conforme já declarado, o controle de legalidade não se trata de mero exame de adequação à lei, mas, também uma análise de conformidade aos princípios constitucionais. Para Ricardo Lobo Torres o controle de legalidade, também, implica o da “supralegalidade”, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e de atos administrativos,<sup>56</sup> o que hoje é realizado pelos Tribunais de Contas.

Em razão do exposto, a princípio, o Tribunal de Contas deve verificar a legalidade de ato administrativo discricionário, sendo, o primeiro parâmetro de controle. Assim, deve fiscalizar se os elementos que compõem o ato são válidos, tanto os vinculados, quanto os discricionários, verificando se estes observam o sistema normativo, ou seja, regras e princípios aplicáveis a ele, sendo similar ao controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

O controle de legitimidade, por outro lado, vai além da simples legalidade do ato, devendo verificar se ele foi legítimo. Assim, a fiscalização da legitimidade tem como objetivo verificar a justiça do gasto público, tendo como parâmetros o respeito ao interesse público, à impessoalidade e à moralidade.

Como afirma Antônio França da Costa, o controle de legitimidade se situa em um campo mais árido que o controle de legalidade, tendo em vista a dificuldade de se determinar objetivamente o que venha a ser um ato de gestão ilegítimo.<sup>57</sup> É preciso esclarecer que, atualmente, o administrador está vinculado à Constituição, ou seja, ele deve atuar de acordo com os valores máximos ali expressos em busca

---

<sup>55</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 4, jul/1993.

<sup>56</sup> TORRES, Ricardo Lobo. op. cit.

<sup>57</sup> COSTA. Antônio França. p. 14.



do bem comum, exigindo um comportamento transparente, moral, eficiente, impessoal, atento à legalidade, o que gera uma administração dialógica, proba e temperada.

Assim, a concepção de que os poderes são meros instrumentos dos deveres de que os órgãos governamentais foram incumbidos pelo ordenamento jurídico para a realização do bem comum autoriza uma investigação mais substancial do gasto público, sem que se tenha interferência indevida de um Poder em outro.<sup>58</sup>

Portanto, o controle externo de legitimidade do gasto público somente é possível se o Tribunal de Contas não substituir o órgão controlado, sendo que aquele deverá adotar um exame técnico objetivo da discricionariedade administrativa, o qual, certamente, poderá envolver o mérito do ato administrativo. Este exame técnico objetivo tem como base a própria Constituição Federal, que traça os critérios para uma boa administração pública.

Antônio França da Costa esclarece que no exame de legitimidade da gestão pública, o órgão de controle externo pode verificar se não houve desvio de finalidade, bem como, se ao praticar o ato de gestão, a Administração visou ao interesse público. Além disso, o órgão de controle pode averiguar os motivos eleitos para a prática do ato, verificando se eles existem e se há adequação entre o pressuposto de fato e de direito e o conteúdo do ato, tendo em vista a finalidade legal. Ressalta também que não se concebe a prática de um ato como se fosse algo isolado, devendo-se medir quais são seus efeitos no conjunto da gestão.<sup>59</sup>

Salienta-se, por fim, que o controle de legitimidade apesar, de certo modo, atingir o mérito administrativo, não se confunde com a gestão em si, tendo em vista que ele aponta a causa do problema, ou seja, porque determinado fim não foi atingido, mas a decisão sobre qual rumo adotar é do gestor público.

O controle da economicidade também envolve o mérito administrativo, ou seja, o administrador, diante de sua discricionariedade administrativa, deve verificar se aquele gasto é o mais econômico também, observando o custo benefício. Ele

---

<sup>58</sup> COSTA. Antônio França. op. cit. p. 174

<sup>59</sup> Ibidem. p.175

também apareceu pela primeira vez na Constituição de 1988, sendo um exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade

Segundo o Glossário de Termo do Controle Externo, economicidade significa

A minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.<sup>60</sup>

Portanto, a análise da economicidade deve ser comparativa, ou seja, só se determina que uma política pública é econômica ao avaliar as demais alternativas que se apresentavam também aptas a solucionar determinado problema.

Assim para o exercício do controle de economicidade é necessário verificar as escolhas que o gestor fez tendo em vista as demais alternativas. Enquanto critério de controle, a economicidade demonstra a necessidade de justificativa do gestor que demonstre que ele tenha optado pela alternativa economicamente mais eficiente para maximização dos benefícios sociais, envolvendo tanto a receita quanto a despesa pública, o que acaba adentrando na discricionariedade administrativa.

Com o intuito de ilustrar o que foi aqui exposto, tem-se como exemplo de controle de ato administrativo discricionário, a situação de o Tribunal de Contas determinar a não renovação de contrato quando não demonstrada a economicidade dessa medida. Nesse caso, a renovação poderia em tese ocorrer, por estar de acordo com a previsão da Lei 8.666 de 1993, contudo, analisada diante da economicidade, ela não é viável, podendo o órgão de controle interferir na discricionariedade do administrador.

## **CONCLUSÃO**

---

<sup>60</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Glossário de termos do controle externo**. Brasília, 2012, p. 10.

O presente trabalho abordou o controle exercido pelos Tribunais de Contas diante da discricionariedade administrativa, tendo em vista a necessidade de se delimitar qual o campo de atuação dos órgãos de controle, a fim de estabelecer o alcance dessa fiscalização.

Deste modo, foi apresentada uma visão geral sobre o controle da Administração Pública, sendo identificado que controle é um conjunto de mecanismos por meio dos quais se exerce a fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.

A partir disso, foram apresentadas as principais classificações de controle administrativo, as quais são subdividas quanto extensão do controle, podendo ser interno ou externo; quanto à natureza do controlador, ou seja, legislativo, judicial ou executivo; quanto à oportunidade, sendo anterior, concomitante ou posterior; e quanto à sua natureza, dividido em controle de legalidade ou de mérito.

Cabe ressaltar que para o presente estudo, as principais classificações referem-se à extensão do controle e à sua natureza, tendo em vista que o controle exercido pelos Tribunais de Contas pode ser classificado como externo, podendo ser de legalidade ou de mérito, a depender da situação concreta.

Posteriormente, discorreu-se sobre as competências, atribuições e composição dos Tribunais de Contas, matéria prevista na Constituição Federal, nos artigos 70 e 71. Foi demonstrado que esses órgãos possuem autonomia e que são responsáveis, conjuntamente com o Poder Legislativo, pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta de todos os poderes.

É importante destacar que, ao exercer essa fiscalização, os Tribunais de Contas podem executar diferentes tipos de controle, os quais também estão previstos na Constituição Federal. Assim, pode exercer o controle de legalidade, ou seja, verificar a regularidade formal de certo ato; o controle de legitimidade, que visa aferir o atendimento ao interesse público e moralidade; e o controle da economicidade, o qual se relaciona ao custo benefício de certa atividade ou resultado obtido pelo administrador.

Como, em regra, os Tribunais de Contas fiscalizam ou revisam atos administrativos, foi necessário adentrar nesta matéria. Por esta razão, primeiro se definiu os poderes administrativos, os quais são prerrogativas de direito público conferidas aos agentes administrativos a fim de permitir que o Estado alcance seu fim, podendo ser dividido, entre outras classificações, em discricionário e vinculado.

O poder discricionário é a prerrogativa concedida aos agentes para que diante de várias condutas possíveis, ele escolha aquela que seja mais conveniente e oportuna. Ao contrário, o exercício do poder vinculado não confere margem de escolha ao administrador.

A partir desse poder conferido os agentes praticam atos administrativos. Portanto, a função executiva é cumprida por meio dele, podendo ser definido como a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública, ou de seus delegatários, que vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

São elementos formadores dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sendo que somente estes dois últimos podem ser atingidos pela discricionariedade administrativa, ou seja, nesses casos, o agente pode avaliar qual a melhor forma de atuar ao ponderar os aspectos de conveniência e oportunidade.

O juízo de conveniência e oportunidade constitui o mérito administrativo, que é essa avaliação realizada sobre o motivo e o objeto. A conveniência indica que condições vai conduzir o agente, já a oportunidade diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.

Apresentadas todas essas conceituações, importantes para entendimento do assunto, passou-se à análise comparativa do controle externo exercido pelo Poder Judiciário e Tribunais de Contas.

O Poder Judiciário pode exercer o controle externo da Administração Pública, em decorrência de previsão constitucional, a qual determina que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Contudo, em razão do princípio da separação dos poderes, existem limites a serem observados pelo

Poder Judiciário ao se imiscuir no âmbito administrativo.

Nessa perspectiva, é pacífico na doutrina, que o controle judicial somente abarca a legalidade, não podendo adentrar no mérito administrativo, pois se assim agisse estaria substituindo o próprio papel do administrador.

Apesar disso, o juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo gestor deve observar o ordenamento jurídico como um todo, o que engloba as normas em geral, quais sejam leis e princípios, tanto infraconstitucionais quanto constitucionais.

Portanto, apesar de o Poder Judiciário não poder adentrar no mérito em si, ou seja, fazer a apreciação da conveniência ou oportunidade, ele deverá verificar se houve obediência às leis, à Constituição Federal e a todos os seus princípios, o que inclui a análise do ponto de vista dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Os Tribunais de Contas exercem o controle de legalidade da atividade financeira nos mesmos moldes do Poder Judiciário, entretanto, a Constituição Federal lhes garantiu um poder a mais, ou melhor, a possibilidade de analisar a legitimidade e economicidade dos atos administrativos, o que acaba de certa maneira atingindo o mérito administrativo.

Importante salientar que o controle externo da legitimidade e economicidade do gasto público só é possível se o Tribunal de Contas não substituir o órgão controlado, sendo que aquele deverá adotar um exame técnico objetivo da discricionariedade administrativa. Este exame técnico objetivo tem como base a própria Constituição Federal, que traça os critérios para uma boa administração pública.

Por fim, apesar deste controle atingir, de certa maneira, mérito administrativo, não se deve confundir com a gestão em si, tendo em vista que ele aponta a causa do problema, ou seja, porque determinado fim não foi atingido, mas a decisão sobre qual rumo adotar é sempre do gestor público.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Glossário de termos do controle externo**. Brasília, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição, revista, ampliada, atualizada. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7575](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7575)>. Acesso em jan 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA, Evandro Martins Guerra. **O sistema Tribunal de Contas: principais apontamentos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jun. 2002. Disponível em: [http://bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_telacheia\\_pesquisa.aspx?i=6986&p=2](http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=6986&p=2) Acesso em jan.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro, v. 23.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Editora Fórum. 2º edição.

JACOBY, Ulisses Fernandes. **Tribunal de Contas do Brasil**. Ed. Xxx: Editora Fórum.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da Gestão Pública**. 2º Ed., Minas Gerais: Fórum, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 4, jul/1993.

