

ano 21 – n. 83 | janeiro/março – 2021

Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i83

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O controle externo da Administração Pública e a tripartição de Poderes

The external control of the public administration and the tripartition of Powers

Gabriel Pinheiro Chagas*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
gabriel@cpc-adv.com

Márcio Cammarosano**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
marcio@cammarosano.com.br

Recebido/Received: 30.06.2019 / June 30th, 2019

Aprovado/Approved: 13.08.2020 / August 13th, 2020

Resumo: Com o maior exercício do controle externo da Administração Pública por parte do Judiciário e até mesmo pelo Tribunal de Contas da União, a noção daquele instituto hoje ganha contornos não imaginados quando de sua concepção, à medida que hoje Judiciário e o Tribunal de Contas exercem, em boa medida, funções de coparticipes da Administração Pública, dividindo o papel de executores de políticas públicas e, muito frequentemente, assumindo um papel de instância recursal das decisões administrativas ainda que não eivadas de ilegalidade. Nessa amplificação do controle externo da Administração Pública, passa a ser inevitável uma análise a respeito de sua pertinência com a separação constitucional de Poderes, tendo em vista que há uma ingerência cada vez mais profunda em competências e prerrogativas confiadas a outros Poderes.

Palavras-chave: Ativismo. Controle. Discricionariedade. Judicialização. Poderes.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CHAGAS, Gabriel Pinheiro; CAMMAROSANO, Márcio. O controle externo da Administração Pública e a tripartição de Poderes. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 97-118, jan./mar. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1148.

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (São Paulo, SP, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-SP. Advogado. *E-mail*: gabriel@cpc-adv.com.

** Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (São Paulo, SP, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Advogado. *E-mail*: marcio@cammarosano.com.br.

Abstract: With the greater exercise of the external control of the Public Administration by the Judiciary and even by the Court of Auditors of the Union, the notion of that institution today gains contours not imagined when of its conception, as today Judiciary and the Court of Auditors are largely responsible for the role of public policy partners, dividing the role of public policy makers and, more often than not, assuming the role of appeals court for administrative decisions, even if they are not illegal. In this amplification of the external control of the Public Administration, an analysis regarding its pertinence with the constitutional separation of Powers becomes unavoidable, since there is an even deeper interference in Powers and prerogatives entrusted to other Powers.

Keywords: Activism. Control. Discretionary. Judiciary. Powers.

Sumário: **1** Introdução: o controle da Administração Pública, a judicialização da política e o ativismo judicial – **2** O princípio da separação de Poderes e sua relação com o controle externo – **3** A discricionariedade administrativa, seu alcance e características – **4** O controle judicial da Administração Pública – **5** O controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas – **6** A Lei Federal nº 13.655/18 e o exercício do controle externo – **7** Conclusões – Referências

1 Introdução: o controle da Administração Pública, a judicialização da política e o ativismo judicial

O controle da Administração Pública é doutrinária e historicamente calcado no binômio *controle externo e interno*, de maneira que, para fins de correlação do tema à separação de Poderes, levaremos em conta apenas o instituto do controle externo, que ainda assim será cingido na análise do controle judicial da Administração Pública e ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, sem prejuízo de reconhecermos a existência de outras possibilidades de controle externo da Administração.

A figura do controle externo da Administração Pública é fundada constitucionalmente nos arts. 5º, II e XXXV,¹ e 71, incisos,² da Constituição Federal; e estes, respectivamente, referem-se ao controle judicial e ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, conforme veremos mais detalhadamente a seguir.

Quanto ao controle por intermédio do Poder Judiciário, temos que este se funda no princípio da legalidade e obviamente na inafastabilidade à tutela jurisdicional, pois o cerne do controle judicial dos atos administrativos reside no fato do exame da legalidade que embasa sua existência, seus motivos e finalidades, de modo

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

que a ruptura ou inobservância de algum desses requisitos invariavelmente leva à necessidade de o Judiciário intervir quanto à legalidade do ato.

A essência do controle jurisdicional da Administração Pública consiste no exame da legalidade e da motivação do ato administrativo, mas encontra óbice no que tange à possibilidade de se imiscuir na adoção e implementação de políticas públicas quando dotadas de completa observância à lei e finalidades.

Em precisa definição sobre o controle jurisdicional, Alexandre Santos Aragão afirma:

No início da afirmação do controle jurisdicional sobre a Administração Pública foi de grande importância o controle sobre os fatos que constituem os motivos do ato administrativo dos atos administrativos e sobre sua finalidade, quando esta se desviava dos fins legais (desvio de poder). Foram importantes avanços sobre a anteriormente existente vedação absoluta do controle dos atos administrativos discricionários.

[...]

Todavia, em matéria discricionária, o Poder Judiciário não pode se imiscuir onde a Administração tenha agido razoavelmente, dentro da legalidade e dos princípios da Administração.³

O controle pelo Tribunal de Contas por sua vez, embora encontre amplo rol de competências nos incisos do art. 71 da Constituição Federal, de igual forma não se destina a interferir nos aspectos discricionários do administrador, conquanto lhe seja garantida a possibilidade de também analisar a legalidade dos atos administrativos examinados dentro de suas competências.

A preservação da discricionariedade é característica fundamental da existência do controle da Administração Pública, de forma que a prerrogativa do administrador público em praticar os atos e medidas que lhes cabe é um dos pilares do exercício da atividade administrativa.

Estabelecidas essas importantes premissas acerca da essência do controle externo da Administração Pública, é fundamental acentuarmos as decorrências e consequências do controle externo da forma como ele vem sendo praticado no Brasil e seus impactos na manutenção da separação de Poderes.

Como consequência mais perceptível do controle externo, sobretudo do judicial, a figura da judicialização da política e o ativismo judicial são os fenômenos mais incidentes, à medida que a possibilidade do controle pelo Poder Judiciário invariavelmente leva a uma confusão no sentido de que o Judiciário figuraria, em

³ ARAGÃO, A. S. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 620.

última medida, como instância recursal da Administração Pública, cabendo a ele rever e reformar toda e qualquer decisão administrativa ainda que preenchidos os requisitos de legalidade, motivação e finalidade.

Embora não sejam absolutamente iguais entre si, a judicialização da política e o ativismo carregam um cerne comum: a provocação do Judiciário para decidir sobre os temas que lhe são propostos. As diferenças entre ambos por outro lado, demonstram que a judicialização da política é que faz com que o Judiciário pratique o ativismo, interpretando a Constituição de maneira mais expansiva, ampliando seu sentido e alcance.

Nas palavras do professor Luís Roberto Barroso, a judicialização da política e o ativismo judicial são, respectivamente, a resolução de questões de grande relevância político-social pelo Poder Judiciário em detrimento do Legislativo e do Executivo, que enseja, por sua vez, uma participação mais intensa daquele Poder a fim de concretizar os direitos constitucionais, admitindo-se uma interferência no campo de atuação dos outros dois Poderes.

Assim, o constitucionalista sustenta seu raciocínio da seguinte maneira:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

[...]

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴

⁴ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%3A%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018.

A existência da judicialização da política e do ativismo judicial, por óbvio, não é exclusiva do Direito brasileiro, mas aqui ganha contornos bem particulares, à medida que a complexidade e extensão do nosso controle de constitucionalidade, aliado à pluralidade de direitos sociais consagrados na Carta de 1988, fazem com que tenhamos um controle judicial constante e quase que partícipe da Administração Pública em matéria de prestação e efetivação de políticas públicas.

Enquanto nos outros países o ativismo judicial e a judicialização da política são concentrados nas cortes constitucionais, por aqui não só o Supremo Tribunal Federal é instado a exercer esse papel, como também as instâncias ordinárias são constantemente demandadas para decidir não só em temas relativos à prestação e garantia de direitos sociais, como também em matérias pertinentes ao exercício da função administrativa, como gestão orçamentária e contratuais.

Somado a esse caráter extremamente peculiar da forma de controle judicial no Brasil, mais recentemente, também o Tribunal de Contas da União passou a buscar um protagonismo e emancipar o seu papel constitucional, alargando suas hipóteses de controle, assumindo um papel de impor sua discricionariedade em detrimento da discricionariedade do administrador judicial.

Esses dois fatores fazem do controle externo no Direito brasileiro algo extremamente peculiar, no sentido de que a noção de controle externo foi ganhando amplo sentido tanto na esfera judicial como pelo Tribunal de Contas, de forma que hoje é imprescindível uma reflexão acerca do papel do controle externo da Administração Pública e se a forma como hoje é feito preserva a separação de Poderes.

2 O princípio da separação de Poderes e sua relação com o controle externo

Embora já exaustivamente descrito e conceituado pela doutrina dedicada ao tema, a separação de Poderes ainda enseja muitas reflexões, sobretudo acerca de sua verdadeira essência; se é uma divisão meramente formal para uma melhor organização das atividades estatais ou se realmente se trata de uma divisão de competências em que um Poder é impedido de assumir ou praticar qualquer competência atribuída ao outro, sob pena de desequilibrar o Estado.

Nesse sentido, definir se a separação de Poderes é, de fato, uma divisão idealizada para se evitar a concentração de poder em um único ente ou se é mera desconcentração de funções com vistas obter uma maior eficiência da atividade estatal, é premissa central para se analisar os impactos do controle externo da Administração Pública nos Poderes Executivo e Legislativo.

Acerca dessa dicotomia interpretativa da natureza e finalidade da separação de Poderes, o professor Dalmo de Abreu Dallari muito bem pondera:

[...] De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições.⁵

Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as ideias de poder e função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de Poderes, quando o que existiria de fato seria apenas uma distribuição de funções.

Com efeito, a concepção da ideia de uma separação de Poderes é anterior à consagrada teoria desenvolvida por Montesquieu. Aristóteles já havia externado que seria injusto e temerário confiar a um único homem o exercício de todo o poder, aduzindo ainda que não seria possível que um único governante tivesse condições de exercer sozinho o poder.⁶

Após diversos outros autores terem também escrito sobre uma necessidade de se fragmentar o poder para um melhor equilíbrio entre Estado e povo, finalmente a teoria de Montesquieu foi concebida em um ideário de liberdades, em que se buscava um contrapeso aos governos absolutistas a fim de que também os governantes estivessem sujeitos à aplicação da Lei e um julgamento por um poder independente.

Embora amplamente reconhecido que não foi Montesquieu o primeiro a tratar da separação de Poderes, o momento histórico em que sua teoria foi concebida contribuiu muito para que suas ideias se espraiassem por toda a Europa, chegando a inspirar a Constituição do recém-independente Estados Unidos da América e a declaração de Direitos do Homens.⁷

Reconhecidamente, portanto, a teoria de separação de Poderes apresentada por Montesquieu almejava muito mais um ideário de igualdade e liberdade, a impedir a existência do poder tirano, do que efetivamente uma simples divisão de funções e competências a melhorarem o funcionamento da máquina estatal.

A ideia de fragmentar o Poder em três e independentes Poderes seria a solução para se chegar a um mínimo de liberdade e igualdade perante o Estado, a fim de que todos estivessem sujeitos aos mesmos julgadores e leis e o poder, por sua

⁵ DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 217.

⁶ ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Brasília: Editora UNB, 1985. p. 37.

⁷ No Brasil, a separação de Poderes, também oriunda da teoria de Montesquieu, está positivada no art. 2º da Constituição Federal: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

vez, fosse freado pelo poder, de forma que a maneira mais eficaz de se obter esse freio seria a distribuição das competências estatais:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está unido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para pô-las em prática tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido, se a mesma pessoa ou o mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou de povo, exercesse estes três poderes: o de fazer lei, o de executar as resoluções públicas e o de julgar delitos ou litígios dos indivíduos.⁸

Pela própria definição de Montesquieu, fica evidente que o intuito de sua teoria não era apenas uma reorganização do Estado a fim de melhorar a eficiência, mas, sim, uma proposta de garantir que cada Poder pudesse agir de forma independente e autônoma, sem interferências ou pressões oriundas de um outro Poder. É inquestionável que a separação de Poderes tal qual concebida por Montesquieu previa que somente com Poderes independentes entre si, cada um cumprindo as competências constitucionalmente atribuídas, é que se chegaria a um Estado de Direito.

Esse pensamento também é comungado pelo publicista argentino Juan Carlos Cassagne:

Em resumo, pode-se afirmar que a doutrina da separação dos poderes constitui um dos pilares centrais do edifício constitucional, que implica vários elementos que devem funcionar de forma harmoniosa e equilibrada para que se cumpra o Estado de Direito. Além de consagrar a submissão da Administração à lei e ao direito (legalidade), justiça presume-se uma partilha de funções em órgãos separados e independentes com especialização funcional relativa e poderes limitados. A separação é tanto orgânica quanto pessoal.

A partir dessas premissas, é possível concluir que o chamado regime de separação de poderes compreende não somente a partilha do poder do Estado em funções especializadas e adjudicadas em forma predominante a cada órgão conforme um critério material, mas também o cumprimento de sua finalidade básica que reside em con-

⁸ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 172. I.

sagrar um recíproco freio de atribuições para evitar o despotismo em benefício das liberdades.⁹

Embora as premissas teóricas e os objetivos da teoria da separação dos Poderes estejam muito bem delineadas e claras, as críticas à sua aplicação prática não são sem razão, tendo em vista que, em grande medida, principalmente nos países em desenvolvimento, a almejada liberdade dos indivíduos e o Estado Democrático não se concretizaram a partir da separação de Poderes que, diga-se, é estritamente formal e protocolar, tendo em vista que os Legislativos nesse países não exercem qualquer tipo de representação ou capacidade legislativa.¹⁰

Conquanto do ponto de vista prático a teoria da separação dos Poderes comporte pertinentes críticas, tais falhas estruturais e de aplicação não podem ser o ensejo para que suas linhas mestras sejam ignoradas ou tergiversadas, propiciando uma indesejável interferência de um Poder sobre o outro, criando uma incômoda hierarquia de um Poder sobre o outro, estremecendo a previsão constitucional de que os Poderes da República são harmônicos e independentes entre si.

É justamente isso que ocorre hoje no Brasil; a partir da constatação das falhas e críticas destinadas à separação de Poderes, criou-se um conceito a permitir que o Judiciário passasse a assumir o papel de indutor e moderador de políticas públicas, ao mesmo tempo em que se passa a admitir que o Tribunal de Contas da União atue investido de competências supervalorizadas, instaurando uma sensível e já incômoda instabilidade na nossa repartição de Poderes.

Embora para muitos seja possível, a partir da premissa de que a divisão de Poderes é apenas uma reorganização de tarefas a bem de melhorar a atividade estatal, no caso brasileiro essa constatação não é possível de se admitir, e isso não só pela evidente finalidade da teoria desenvolvida por Montesquieu, mas, também, pela redação do art. 2º da Carta da República, que taxativamente estabelece que os Poderes são harmônicos e independentes entre si.

Desconsiderar que a separação de Poderes no Brasil objetiva em verdade algo muito maior do que a mera reorganização das atividades estatais, é desconsiderar o caráter normativo da Constituição, de forma que a constante interferência de um Poder no outro da forma como vem ocorrendo no Brasil começa a abalar a autonomia dos Poderes e o próprio Estado de Direito.

Embora existam falhas na teoria consagrada da divisão dos Poderes, essas falhas não podem servir como escusa para que a necessária independência entre cada dos Poderes seja mitigada, sob pena de fazer letra morta o art. 2º da Constituição Federal.

⁹ CASSAGNE, J. C. *Os grandes princípios do Direito Público*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 145.

¹⁰ DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 221.

3 A discricionariedade administrativa, seu alcance e características

Como vimos no tópico precedente, vigora no Brasil a concepção de que a separação de Poderes se destina a preservar e garantir a autonomia entre os Poderes da República de modo a impedir que determinado Poder interfira em outro e imponha uma inexistente hierarquia entre eles.

A ideia de Poderes independentes entre si não é mera concepção teórica, pois, como visto, o art. 2º da Carta de 1988 determinou essa independência sem prejuízo de uma ação colaborativa e propositiva entre todos, ao que se chamou de harmonia.

Se os Poderes da República são autônomos e possuem competências próprias e específicas, é inegável quem em todos eles, sobretudo no Executivo e Legislativo, os seus agentes gozem de certa discricionariedade para implementar, dentro das balizas legais, as medidas para as quais foram designados.

A discricionariedade administrativa, embora permita ao agente certa liberdade de atuação, por óbvio não permite concluir que há dispensa à obediência da lei e ao princípio da legalidade, de forma que a definição de um conceito de discricionariedade e de seus respectivos limites é um dos grandes desafios da doutrina administrativista.

Em precisa e esclarecedora definição sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a discricionariedade da seguinte forma:

[...] a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.¹¹

Assim, a discricionariedade administrativa consiste na possibilidade de o administrador público optar em adotar, dentro dos limites previstos em lei, a medida que for mais benéfica ao interesse público, sem que essa faculdade implique ofensa à vinculação ou à legalidade.

A discricionariedade encontra guarida no princípio da legalidade, pois sempre onde houver discricionariedade haverá lei permitindo ao administrador que assim haja, de forma que a lei é a ao mesmo tempo a permissão da discricionariedade e a limitação da sua incidência.

¹¹ DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 1.000.

Nesse sentido, ao contrário do que a terminologia da palavra sugere, a discricionariedade não representa a possibilidade de o administrador atuar da forma como bem entender, motivado por suas razões pessoais e sem observar os requisitos de motivação e finalidade do ato administrativo. Em última medida, a discricionariedade representa a possibilidade de opção e escolha sempre que a lei permitir tal faculdade, explícita ou implicitamente.

Afirma-se com isso que se o administrador não relacionar a motivação do ato, bem como desviá-lo das finalidades previstas em lei, ainda que tenha agido com discricionariedade, é evidente que a ilegalidade do ato e seus desvios de finalidade e motivação estarão sujeitos ao controle externo.

Hely Lopes Meirelles sintetiza e endossa esse raciocínio:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.¹²

Desse modo, a discricionariedade é a permissão dada pelo ordenamento para que o administrador possa optar, entre as soluções disponíveis, por aquela que, atendendo o interesse público, melhor lhe aprouver, o que não significa dizer que o administrador poderá, em alguns casos, agir de forma completamente indiscriminada, sem a necessidade obedecer aos requisitos do ato administrativo.

Assim sendo, a discricionariedade administrativa, quando exercida dentro dos limites previstos em lei e em observância aos pressupostos de validade do ato administrativo, não está sujeita ao controle externo, posto que é essência da função administrativa e a opção tomada pelo administrador não pode ser submetida a controle.

Admitir que a discricionariedade é passível de controle é o mesmo que admitir que cabe ao Judiciário e ao Tribunal de Contas determinarem quais políticas públicas deverão ser implementadas, retirando do administrador a pouca autonomia que lhe resta, que é justamente decidir sobre quais políticas deverão ser implementadas.

Conforme já mostrado brevemente na introdução, a preservação da discricionariedade é aspecto fundamental da manutenção da independência entre

¹² MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 123.

os Poderes, de forma que, em matéria de controle, o que pode ser examinado é se a discricionariedade se deu em compasso com as regras e princípios administrativos, mas não se permite que a opção discricionária seja posta em jogo.

4 O controle judicial da Administração Pública

A partir da premissa de que o instituto da discricionariedade não está sujeito ao controle externo, mas apenas e tão somente os desvios de legalidade ocorridos no seu exercício, é de fundamental importância fixarmos como se dão o controle judicial dos atos administrativos com essas limitações, a necessidade da preservação da discricionariedade e a forma como ocorre hoje em grande medida o controle jurisdicional da Administração Pública.

O primeiro ponto a ser fixado de logo é que o exercício do controle jurisdicional, sobretudo quando diante de ato expedido no exercício de competência discricionária, não pode substituir o papel do administrador impondo ao ato controlado as conveniências e percepções do julgador. Não é a isso que se dedica o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Sobre isso, o já citado Hely Lopes Meirelles teve a oportunidade de fixar:

O que o judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repete mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da administração pública. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.¹³

O grande desafio, em nosso sentir, consiste em dimensionar o limite do que seria a discricionariedade do administrador em adotar um certo caminho e a efetiva ruptura da legalidade a permitir o advento do controle jurisdicional. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello já teve a oportunidade de ponderar que haverá possibilidade do controle judicial quando a “ruptura da legalidade causar ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que se propõe nos termos da lei a aceder e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade”.¹⁴

¹³ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 123.

¹⁴ DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 32.

Como já acentuado outras vezes, a síntese do controle judicial cinge-se ao exame da legalidade do ato administrativo, aí compreendidos todos os seus requisitos de validade, como motivação e finalidade.

Já nesse aspecto, cabe uma primeira observação quanto à relação entre controle judicial dos atos administrativos e o ativismo judicial, na medida em que, se o ativismo consiste na interpretação ampliativa da Constituição com vistas a garantir a prestação dos direitos nela consagrados sem a necessidade da intervenção do Legislativo ou Executivo, parece ser inevitável que o ativismo interfira na discricionariedade de outro Poder e imponha aos demais entes seus anseios e prioridades.

Logo, nessa sistemática de depositar no Judiciário a responsabilidade de implementar ou impedir certas políticas públicas, os demais Poderes, sobretudo o Executivo, se tornam meros obreiros do Judiciário, obrigados a estarem sempre a postos para praticar a política pública determinada pelo Judiciário.

Exemplo claro e recente disso é o caso do aumento das tarifas de ônibus intermunicipais do Estado de São Paulo, em que se discutiu a possibilidade de Governo do Estado aumentar as tarifas para cobrir o déficit do setor transporte. Levada a discussão a juízo, a primeira instância deferiu a liminar para suspensão do ajuste aduzindo que o caráter político da manutenção da tarifa por um longo período sem reajustes levaria os usuários a arcarem com o prejuízo do aumento aplicado em uma única vez.¹⁵

Com efeito, o argumento de que o congelamento de preços teria sido medida política e que agora os usuários não poderiam arcar com os prejuízos do reajuste aplicado de uma só vez bastou para que o Judiciário suspendesse o reajuste, ainda que a prerrogativa do administrador eleito para praticar a gestão orçamentária tenha sido exercida sem qualquer ilegalidade ou vício.¹⁶

Por vezes, há uma clara confusão entre ilegalidade ou vício com o aspecto impopular da política a ser adotada; e, apenas diante da má impressão que certa política causa, já há por parte de parcela do Judiciário a motivação suficiente para se suspender o ato. Nessas circunstâncias, o simples fato de serem medidas políticas supostamente impopulares não enseja qualquer tipo de exame do ato pelo Judiciário quando não constatada qualquer ilegalidade ou vício.

¹⁵ Há ilações de que a manutenção da tarifa básica do metrô apenas se deu porque o Governador do Estado não queria arcar com o ônus político do reajuste, pois o candidato a Prefeito Municipal por ele apoiado e eleito declarou após as eleições que manteria o valor da tarifa básica do ônibus. Se não suspensa o reajuste, haverá risco aos usuários do serviço público de transporte, que se sujeitarão aos novos valores a partir de 8 de janeiro de 2017, obrigados a maiores gastos em momento de crise econômica (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Popular 0000018-66.2017.8.26.0053. 15ª Vara da Fazenda Pública. 2017).

¹⁶ Posteriormente o STJ concedeu liminar em Suspensão de Segurança e permitiu o reajuste das tarifas.

Medidas políticas são de fato para serem adotadas pelo Executivo e pelo Legislativo, e o aspecto pejorativo que o vocábulo “política” adquiriu nos últimos anos não pode servir como requisito para que o ato seja anulado ou revisto pelo Judiciário em sede de controle externo, como se o fato de ser “política” contaminasse qualquer medida tomada pela Administração Pública.

Se o administrador possuía a discricionariedade de aplicar ou não os reajustes e ao optar por fazê-lo cumpriu todos os requisitos do ato administrativo, dando-lhe a devida motivação e finalidade, por óbvio essa medida não estaria sujeita ao controle jurisdicional.

No âmbito da União, também a discricionariedade do presidente da República em nomear ministros de Estado que preencham os requisitos do art. 87 da Constituição Federal vem sendo suprimida em sede de controle judicial. Em dois episódios recentes, duas nomeações ao cargo de ministro de Estado foram suspensas pela Justiça Federal sob argumentos que não se dedicaram a apontar ilegalidades nas medidas, mas apenas o caráter controverso das indicações.

Especificamente quanto ao caso que versava para a nomeação ao cargo de ministra de Estado do extinto Ministério do Trabalho e do Emprego, os argumentos tecidos para suspender o ato de nomeação não se dedicaram a apontar vícios ou nulidades no ato discricionário, inclusive com o reconhecimento por parte do juízo singular de que não cabia ao Judiciário examinar o mérito do ato, mas que o fazia em nome da moralidade administrativa,¹⁷ sem explicitar sequer onde estaria a ofensa ao direito necessária para se configurar a ofensa à moralidade.¹⁸

Ao indicar que o cargo de ministra do Estado não poderia ser ocupado por quem respondesse ações junto à Justiça do Trabalho, configurando uma hipotética ofensa à moralidade administrativa, o juiz singular declinou de examinar o direito e onde estaria a ilegalidade no ato de nomeação, interferindo em uma competência do Executivo e decidindo ele quem seria ou não ministro de Estado.

Não diferente das primeiras instâncias, também o Supremo Tribunal Federal vem exercendo um controle a ultrapassar suas competências e a interferir na

¹⁷ Consoante nos ensina Márcio Cammarosano em sua obra *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, a ofensa à moralidade deve, obrigatoriamente, vir acompanhada de ofensa ao direito, de forma que não se admite decisão judicial que se limita a impugnar o ato administrativo apenas invocando uma moral alheia ao direito, uma moral subjetiva e comportamental. Não é esse tipo de moral que o direito busca proteger. Vejamos nesse sentido o posicionamento do professor da PUC-SP: “Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais.

Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato” (CAMMAROSANO, M. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 114).

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional da Segunda Região. Ação Popular 0001786-77.2018.4.02.5102. 4ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Niterói. 2018.

autonomia dos Poderes Legislativo e Executivo. Recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874, concedeu medida liminar suspendendo os efeitos do indulto de natal consubstanciado no Decreto nº 9.246/2017, também afeto à competência discricionária do chefe do Poder Executivo

Com efeito, está disposto no art. 84, inciso XII, da Constituição Federal a competência presidencial para *conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei*. Nesse caso, o Decreto nº 9.246/17 por mais controverso e impopular que possa ter sido, de igual forma refletiu a competência discricionária do presidente da República em conceder indulto a condenados com pena privativa de liberdade transitada em julgado.

Da leitura da decisão monocrática proferida, se constata uma profunda e criteriosa análise dos sistemas punitivo e carcerário no Brasil, com críticas à desigualdade da aplicação da lei penal; e os privilégios obtidos por aqueles conseguem postergar o andamento da ação penal. Mas não se vislumbra qualquer colocação ou sugestão da razão do indulto questionado ter sido ilegal ou viciado, denotando mais um exemplo de desconsideração da discricionariedade administrativa e interferência em outro Poder.¹⁹

Tais exemplos, que nem de longe são taxativos, mas apenas refletem o aumento da interferência do Judiciário em questões do Executivo, indicam que a tendência é que o Judiciário cada vez mais avoque para si competências que não lhes são precípuas, aumentando a instabilidade quanto à manutenção da independência e harmonia entre os Poderes da República.

A figura do ativismo judicial no Brasil deixou de ser limitada à prestação de direitos sociais e hoje se incursiona cada vez mais para o seio da Administração Pública, suprimindo a discricionariedade intrínseca ao administrador público.

A preservação da discricionariedade e o reconhecimento pelo Judiciário de que o controle da Administração está cingida à finalidade, legalidade e motivação do ato são intrínsecos ao Estado Democrático de Direito e ao equilíbrio entre os Poderes da República, e não devem ser suprimidas sob o argumento de que Legislativo e Executivos inoperantes permitem ao Judiciário agir de forma desmedida.

Reconhecendo a primazia da preservação da motivação e da legalidade como exigências, dentre outras, que ensejam o controle judicial da Administração Pública, sem que isso culmine numa substituição da competência para se adotar certa política pública, Celso Antônio Bandeira de Mello assinalou com esmero:

¹⁹ Em maio de 2019, o plenário do STF derrubou a liminar e julgou a ADIN improcedente, mas o tempo que a decisão monocrática vigorou e o excesso nela contido são exemplos enfáticos da interferência do Judiciário em outros Poderes.

Isto posto, não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos.

[...]

Ainda recentemente, em acórdão no RE 17.126, o STF exprimiu, em resumo modelar, que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração.²⁰

Há, com isso, uma deturpação do conceito do controle jurisdicional da Administração Pública, que hoje se vê muito mais voltado a examinar e suprimir a discricionariedade, exercendo o papel do administrador ou legislador, em detrimento de examinar a legalidade dos atos questionados.

5 O controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas

Conforme já visto na introdução do presente trabalho, as competências do Tribunal de Contas estão previstas no art. 71 da Constituição Federal; e também as recentes decisões proferidas por aquele tribunal indicam que a corte de contas vem atuando para além de suas competências, imiscuindo-se em questões e tratativas não destinados a ela.

Como decisão mais impactante recentemente exarada pelo Tribunal de Contas da União, destaca-se o Acórdão nº 296/18, que estabeleceu novas hipóteses para a adoção de medidas cautelares interventivas.

Em sede de relatório de auditoria e sequer com Acórdão terminativo proferido, a Corte de Contas decretou a indisponibilidade de bens de todos os responsáveis por um certo contrato administrativo, inclusive da pessoa jurídica contratada e de seus respectivos sócios.

Todavia, a Lei Orgânica do TCU – Lei Federal nº 8.443/92, limitou a indisponibilidade de bens somente aos agentes públicos responsáveis pela contratação,²¹ caracterizando a decisão uma ampliação, por iniciativa própria de seus membros, das hipóteses de controle atribuídas ao TCU.

²⁰ DE MELLO, C. A. B. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 88.

²¹ Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

De igual forma, e dessa vez caracterizando não só um excesso de competência, mas também uma clara interferência em competências de outros Poderes, o Acórdão nº 508/18 determinou a suspensão de pagamentos por obras com indícios de superfaturamento. Contudo, o texto constitucional não permitiu ao TCU a suspensão de atos (art. 71, inciso X) de forma direta, sendo a regra o Congresso ser ouvido antes.²²

Ao determinar a suspensão do pagamento e da execução contratual antes de enviar informações ao Congresso, o TCU deturpou a exigência no art. 71, inciso IX, §2º e inovou no exercício de seu controle, alijando o Congresso Nacional e o próprio Executivo de se manifestarem previamente acerca da suspensão de pagamento.

A competência constitucional para sustar atos e contratos conferida ao TCU é condicionada à oitiva do Legislativo e do Executivo, que terão prazo para se manifestar quanto à iniciativa do órgão do controle, de maneira que, após o esgotamento do prazo assegurado, efetivamente permitirá Corte de Contas efetuar a sustação.

Contudo, consubstanciado em leitura alargada de seu regimento interno²³ e no seu poder de editar atos normativos, o TCU vem implementando medidas cautelares

§2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

²² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

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

²³ Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

§1º O despacho do relator ou do Presidente, de que trata o caput, bem como a revisão da cautelar concedida, nos termos do §5º deste artigo, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente.

§2º Se o Plenário, o Presidente ou o relator entender que antes de ser adotada a medida cautelar deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

§3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior.

§4º Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado poderão ser encaminhadas por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de recebimento, com posterior remessa do original, no prazo de até cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada confirmação do recebimento.

§5º A medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado ou em resposta a requerimento da parte.

§6º Recebidas eventuais manifestações das partes quanto às oitivas a que se referem os parágrafos anteriores, deverá a unidade técnica submeter à apreciação do relator análise e proposta tão somente quanto aos fundamentos e à manutenção da cautelar, salvo quando o estado do processo permitir a formulação imediata da proposta de mérito.

de maneira destoada das balizas constitucionais, causando insegurança jurídica e abalando a convivência harmônica com os demais Poderes.

Acerca da limitação constitucional relativa à aplicação de medidas cautelares de sustação de atos e contratos, André Rosilho acertadamente comenta que o exercício de tal competência é condicionado à manifestação dos demais Poderes dentro do prazo previsto, de maneira que a inobservância desse rito, como costumemente vem acontecendo, é ilegal e atentatória à Constituição. Vejamos:

A dinâmica prevista pelo texto constitucional, e reproduzida pela LO-TCU, é a seguinte: o Tribunal, entendendo haver alguma ilicitude, devolve a questão à autoridade responsável, abrindo-lhe prazo para a adoção de providências que julgar cabíveis e necessárias ao fiel cumprimento da lei (art. 71, IX, da CF). Se o Tribunal considerar que os problemas persistem, poderá, em caso de ato administrativo, sustar seus efeitos (art. 71, X, CF).

Não é permitido ao TCU tomar medida cautelar (sustar atos) antes de decorrido o prazo que deverá ser concedido à autoridade administrativa para a correção de eventuais vícios de legalidade que tiver detectado.²⁴

Mais recentemente, o TCU passou a espreiar suas competências e atuações também em matéria de análise de contratos administrativos, tolhendo a autonomia e a discricionariedade do administrador em prorrogar contratos de exploração de arrendamentos e concessões portuárias sob certas condições, a despeito de a Lei Federal nº 12.815/13²⁵ e do Decreto nº 9.048/17²⁶ expressamente autorizarem as chamadas prorrogações antecipadas e ordinárias.

Na oportunidade em que analisou o tema, a Corte de Contas determinou à União que se abstinhasse de proceder qualquer prorrogação nos contratos de concessões e arrendamentos portuários, ainda que previstos na Lei de Portos e no Decreto que a regulamenta, restringindo o instituto a casos excepcionais de reequilíbrio econômico-financeiro.²⁷

²⁴ ROSILHO, A. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 266.

²⁵ Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

²⁶ Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo determinado de até trinta e cinco anos, prorrogável por sucessivas vezes, a critério do poder concedente, até o limite máximo de setenta anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações.

²⁷ Nesse sentido é o Acórdão 1.446/18 de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

Como se vê, o alargamento deliberado das competências do TCU (por sua iniciativa própria) se dá em diversos segmentos da Administração, espraiando-se pelas formas mais distintas de controle de externo.

Em comum, todas essas iniciativas voluntárias praticadas pelo TCU atingem diretamente as prerrogativas e competências de outros Poderes da República, suprimindo de tais entes a possibilidade de adotarem medidas que lhe são intrínsecas e precípuas, descredenciando o sistema de tripartição de Poderes.

Diante de todo esse cenário, e de muitos outros exemplos que poderiam ser citados aqui, é perceptível que também o TCU vem buscando alternativas e implementando medidas além de suas competências para ampliar sua presença no debate público o que acaba por, invariavelmente, estremecer o princípio da separação de Poderes e a essência do controle externo.

6 A Lei Federal nº 13.655/18 e o exercício do controle externo

Percebendo esse avanço na esferas de outros Poderes e as distorções causadas em sede de controle externo, o legislador promulgou a Lei Federal nº 13.655/18, denominada nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, em que estabeleceu novos critérios e regras para o exercício do controle, buscando preservar as prerrogativas da Administração Pública sem restringir o papel do controlador externo.

Surgida para conter o que se denominou de *hipercontrole*,²⁸ a LINDB traz em seu corpo diversos dispositivos que, se corretamente interpretados, contribuirão para melhorar o controle externo e mantê-lo eficaz sem que sua existência afete a capacidade de o administrador efetivamente exercer a função administrativa para a qual foi designado.

A essência e os objetivos da LINDB em melhorar a eficácia do controle e evitar a supressão e a invasão em competências de outros Poderes se refletem em diversos de seus artigos, que são claros e contundentes nesse mister.

²⁸ Sobre a expressão *hipercontrole*, valem as palavras de José Vicente Santos de Mendonça, que recentemente definiu o aumento das competências, o alargamento do controle externo e o advento da LINDB da seguinte maneira: O hipercontrole público só funciona de modo adequado para certos controladores – os que hajam obtido vitórias recentes. Para os demais controladores, e, significativamente, para a sociedade, é possível que, entre prós e contras, estejamos perdendo dinheiro e potencial. Contra a cultura do hipercontrole é que se pretende afirmar a prática do consequencialismo jurídico, da qual a LINDB busca ser referencial normativo (MENDONÇA, J. V. S. de. Art. 21 da LINDB indicando consequência e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 73, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/18), p. 43-61, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 30 maio 2019).

Apenas a título de exemplo – até porque exame completo das inovações trazidas pela Lei Federal nº 13.655/18 demandaria artigo científico próprio –, o art. 21²⁹ traz em sua redação a previsão das consequências das decisões proferidas em sede de controle, o que significa dizer que o controlador deverá atentar para as possíveis consequências dessa atuação para a Administração e o próprio interesse público.

Nesse cenário, o controlador, além de não poder impor sua discricionariedade em detrimento da do administrador, tampouco poderá decidir sem ter ciência dos efeitos e consequências decorrentes de suas decisões. Tal medida, embora seja óbvia, não deixa de ser necessária, pois tem sido usual e corriqueiro que o controlador imponha sua vontade ao administrador; e este, por sua vez, se vê com a incumbência de suportar e assumir os efeitos da decisão sem que a ela tenha dado causa ou contribuído.

Em síntese, o controlador, ao determinar novas formas de conduta ao administrador público, o deixa com o ônus de materializar e executar a deliberação do ente externo, sem que este colabore ou dê as diretrizes necessárias ao cumprimento de sua deliberação.

Exatamente por materializar a figura do consequencialismo e impor ao controlador externo que meça e considere os efeitos decorrentes de sua decisão, é que o art. 21 se mostra uma das principais contribuições apresentadas pela LINDB.

Na linha dessa previsibilidade e estabilidade intrínsecas à LINDB, o art. 22³⁰ traz uma interessante inovação consistente em impor ao controlador que considere a realidade e as adversidades do gestor no momento de exercer o controle, pois, em muitos casos, o que ocorre é que o administrador de certa localidade sem estrutura, sem corpo técnico hábil, acaba praticando atos mais frágeis sem a observância de certas formalidades e requisitos, mas, sem, intenção de prejudicar o interesse público e o ordenamento.

Em circunstâncias como essas, é evidente que o tratamento dado pelo controlador não deve ser o mesmo ao destinado a um agente que, mesmo dotado de todo o aparato técnico, pratica atos com consideráveis ilegalidades, comprometendo o atendimento ao interesse público.

Por fim, sem que essa derradeira observação esgote os benefícios e avanços da LINDB em matéria de controle e como principal dispositivo legal a preservar a separação de Poderes depois da Constituição, merece destaque a disposição

²⁹ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

³⁰ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

contida no parágrafo único do art. 20,³¹ que estabelece a necessidade de o controlador justificar e apontar a necessidade e adequação da medida que tomou em sede de decisão.

Embora uma disposição semelhante já exista na Lei Federal nº 9.784/99, o texto da LINDB vai além, pois não trata só de motivação, como fixa que a decisão adotada deve ter sua pertinência demonstrada, a bem de se evitar atos de controle desconexos e inaplicáveis do ponto de vista prático.

É fundamental que o exercício do controle, sobretudo o realizado pelos Tribunais de Contas, tenha um caráter propositivo, visando instruir e auxiliar o gestor público no exercício da função administrativa.

Nesse ponto, decisões coadunadas à realidade do ato examinado, pertinente em sanar suas falhas e propor melhorias, são o que torna o controle externo verdadeiramente eficaz.

Por essas razões, temos que a LINDB veio melhorar o ambiente de controle externo da Administração Pública e contribuirá muito para a retomada da independência dos poderes republicanos.

7 Conclusões

Vimos, ao longo do presente trabalho, que o princípio da separação de Poderes no Brasil, positivado no art. 2º da Constituição da República, consagra a independência e harmonia entre os Poderes estatais, de forma que sua concepção é muito mais assemelhada à ideia original de Montesquieu de igualdade de todos perante à lei do que a interpretação mais recente de sua teoria (de que a tripartição de Poderes seria uma reorganização estatal destinada a dar mais eficiência ao exercício da máquina estatal).

Por prescrever a ideia de independência, a separação de Poderes no Brasil prevê e admite que o Administrador Público possua uma margem de discricionariedade para que possa atuar e implementar as políticas públicas que lhe foram confiadas.

Com efeito, a ideia de discricionariedade não permite uma liberdade ampla e infinita por parte do administrador, na medida em que: sempre que o ato discricionário desrespeitar o princípio da legalidade e não observar os motivos e finalidades, por certo, seu resultado deverá ser objeto de controle. Todavia, estão sujeitos ao controle somente aspectos de legalidade em sentido amplo do mérito do ato administrativo decorrente da competência discricionária, de forma que a essência

³¹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

da discricionariedade deve ser preservada sob pena de usurpação e interferência em outro Poder da República.

O controle externo da Administração Pública, por sua vez, deve se limitar ao exame da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe vedado assumir o papel do administrador em matéria de discricionariedade, o que significa afirmar que o controle externo não se confunde em obrigar o administrador a realizar os anseios e percepções do controlador. Contudo, a figura do controle externo no Brasil vem sendo ampliada e até deturpada com recentes decisões do Judiciário e do Tribunal de Contas da União em que esses órgãos acabaram por suprimir a discricionariedade, deixando de se dedicar à análise da legalidade dos atos questionados.

Com a supressão da discricionariedade por parcela do Judiciário e do TCU, o nosso sistema de tripartição de Poderes sofre um sensível abalo, de forma que é necessário que o sistema de freios e contrapesos incida como nunca incidiu para que a harmonia e independência entre os Poderes seja preservada.

Em razão disso e em boa hora, foi sancionada, em abril de 2018, a Lei Federal nº 13.655/18, que fixou regras mais objetivas para o exercício do controle da Administração Pública, que passou a expressar a necessidade de o administrador se ater às consequências de sua decisão, motivar suas condutas e entender a realidade e as dificuldades, tudo para se impedir que decisões absolutamente descompassadas com a ideia de controle sejam proferidas sem que todos saibam que uma decisão a interferir em outro Poder não se dará sem alguma consequência ao Estado de Direito.

Referências

ARAGÃO, A. S. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Brasília: Editora UNB, 1985.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%2C%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.446/18. Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes. Brasília. Julgado em 24.06.2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1446%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 296/18. Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes. Brasília. Julgado em 24.06.2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1446%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 508/18. Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes. Brasília. Julgado em 14.03.2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A508%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIAD0%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Popular 0000018-66.2017.8.26.0053. 15ª Vara da Fazenda Pública. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional da Segunda Região. Ação Popular 0001786-77.2018.4.02.5102. 4ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Niterói. 2018.

CAMMAROSANO, M. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CASSAGNE, J. C. *Os grandes princípios do Direito Público*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DE MELLO, C. A. B. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDONÇA, J. V. S. de. Art. 21 da LINDB indicando consequência e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 73, Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/18), p. 43-61, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 30 maio 2019.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSILHO, A. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CHAGAS, Gabriel Pinheiro; CAMMAROSANO, Márcio. O controle externo da Administração Pública e a tripartição de Poderes. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 97-118, jan./mar. 2021.
