

LIMITE E CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

S. S. R. MARI¹, D. A. GEMELLI²

¹ Parte da pesquisa realizada no Grupo de Estudos de Direito Administrativo.

² Acadêmica do curso de Direito CEULP/ULBRA e membro do GEDA, E-mail: mariaras@brturbo.com.br

³ Doutora em Direito Público, Professora do Curso de Direito do CEULP/ULBRA e Coordenadora do GEDA.

XI Jornada de Iniciação Científica do CEULP/ULBRA

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo abordar o controle dos atos administrativos. O art. 37 da Constituição Federal de 1988 preceitua que o Poder Judiciário possui legitimidade para realizar o controle dos atos administrativos. Contudo, na presente pesquisa será levando-se em consideração às divergências quanto aos limites do exercício do controle judicial dos atos administrativos e a previsão constitucional da sustação dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas, através da concessão de medidas cautelares.

PALAVRAS CHAVE: sustação de atos; controle; atos administrativos

INTRODUÇÃO: O presente estudo visa abordar os limites dos atos administrativos, praticados pelo administrador público no exercício de suas funções, considerando a premissa que os mesmos estão sujeitos ao controle por parte dos Poderes Legislativo, Judiciário e das Cortes de Contas. O enfoque principal é analisar o entendimento doutrinário e posteriormente os jurisprudenciais, sobre a sustação dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas, através da concessão de medidas cautelares. O ordenamento jurídico atribuiu as Cortes de Contas a prerrogativa a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos entes públicos e dos seus gestores, assegurando o exercício do controle externo, consoante o art. 71 da CF/88. Nesse sentido, o texto constitucional fundamenta de forma incisiva a sua competência como órgão fiscalizador, conforme elucida Maria Sylvia Zanela Di Pietro:

A expressão controlar traz sempre a idéia central de verificação e disciplina do exercício de atividades. Nesta concepção, os Tribunais de Contas, como órgãos fiscalizadores, têm a prerrogativa constitucional de zelar pelo patrimônio público, podem e devem prevenir danos futuros por meio de medidas cautelares". A finalidade do controle é "assegurar que a administração atue em consonância com os princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e ainda outros de origem infraconstitucional: motivação, finalidade pública e razoabilidade. (DI PIETRO, 2011, p.345)

A problemática que se propõe a tratar, diz respeito às divergências quanto aos limites do exercício do controle judicial dos atos administrativos e a previsão constitucional da sustação dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas, através da concessão de medidas cautelares. Sempre que existir situações imediatas de lesão atual ou iminente ao interesse público é possível a adoção de procedimentos cautelares. Os Tribunais de Contas como órgãos fiscalizadores, têm a prerrogativa constitucional de zelar pelo patrimônio público, podem e devem prevenir danos futuros por meio desta ferramenta. (FERRÃO FILHO, 2011). Em estudo dos aspectos históricos e doutrinários, no tocante ao controle dos atos administrativos, constata-se uma tendência no entendimento que todo ato administrativo tem um mínimo de vinculação, pois a legislação em vigor não deixa de indicar a competência, a forma e nem a finalidade dos atos administrativos materiais. A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato

administrativo. (DI PIETRO, 2010). Adiante, a autora destaca que no direito administrativo moderno “ (...) a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, e não apenas perante a lei” e por isto “sofre maiores limitações, ficando muito mais complexa a atividade de controle”. (DI PIETRO, 2010). Surge a concepção doutrinária amparada na norma legal que caberá ao Poder Judiciário, a fim de fiscalizar a legalidade e a legitimidade tanto na atuação da Administração, como na formação das leis pelo Poder Legislativo. (BANDEIRA DE MELO, 2009). Nesse sentido, importante destacar que o controle dos atos administrativos e o poder cautelar dos Tribunais de Contas tem sido objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, embora a Constituição Federal e leis ordinárias aplicadas ao direito público, leis estaduais e regimentos internos positivem a garantia desta atuação.

MATERIAL E MÉTODOS: A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica, com método de abordagem de raciocínio dedutivo. Segundo SEVERINO (2002), o “raciocínio dedutivo é aquele que antecede, e é constituído por princípios universais, plenamente inteligíveis, através dele se chega a um conseqüente mais específico”. Todavia, a pesquisa bibliográfica é aquela realizada por meio da leitura, e análise de textos, artigos, documentos e periódicos. Preliminarmente, na primeira fase da pesquisa fez-se um levantamento das referências bibliográficas específicas na área do direito administrativo, artigos e publicações que tratam sobre controle dos atos administrativos, do poder cautelar dos Tribunais de Contas, bem como das normas legais que regulamentam o tema. Na segunda fase da pesquisa pretende-se fazer levantamento e análise comparativa dos recentes julgados dos Tribunais Superiores e das Cortes de Contas, para verificar a efetividade das deliberações referentes às medidas cautelares de controle.

RESULTADOS E DISCUSSÕES: Analisando a evolução doutrinária sobre o controle dos atos administrativos, observa-se que foi na França, na Carta de 1791, que a norma jurídica surgiu como expressão da vontade geral do Estado, numa busca pelo controle dos atos arbitrários por parte daqueles que administravam a nação. A Itália recebeu fortes influências das instituições administrativas francesas, e, mesmo após a reforma administrativa de 1865, o Poder Judiciário não invadia o campo da atividade própria da administração, não reduzindo o seu poder discricionário, atuando independentemente da fiscalização. No âmbito da doutrina pátria, o termo controle é aplicado desde 1941, surgindo pela primeira vez na obra de Seabra Fagundes, com o título “Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”. A respeito de controle do ato administrativo Hely Lopes Meirelles explica que “Controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.” (MEIRELLES, 2008). Em consonância com este entendimento, entende-se que “controle é a fiscalização exercida sobre determinado alvo, de acordo com certos aspectos, visando averiguar o cumprimento do que já foi predeterminado, ou evidenciar desvios com fins de correção” (GUERRA, 2003). Quanto ao momento, o controle pode ser dividido em prévio (preventivo ou *a priori*), concomitante (*pari passu*) e posterior (*a posteriori*).

O controle prévio é aquele exercido antes da conduta administrativa se efetivar, ou seja, é o controle que exerce como condição para que o ato adquira eficácia. Convém anotar que a eficácia do ato relaciona-se com sua possibilidade de produzir efeitos. No ordenamento jurídico pátrio, não existe o controle prévio na acepção de concessão de eficácia ao ato administrativo. (...) ainda, existe no Tribunal de Contas da União em certos casos, realizar o controle do ato administrativo antes da efetivação da conduta administrativa. Entretanto, deve ficar claro que, mesmo que isso venha a ocorrer controle do ato não é condicionante para sua eficácia, não caracterizando, portanto controle prévio na acepção que vigorava na constituição de 1946. (AGUIAR, ALBUQUERQUE, MEDEIROS, 2011, p. 160)

Sabe-se que o controle da legalidade dos atos administrativos deve fundamenta-se somente no que está positivado, nesse sentido “podem ser consideradas como forma de controle prévio as representações que são efetuadas ao TCU levando ao conhecimento das Cortes supostas

irregularidades praticadas por órgãos públicos em editais de licitação”. (AGUIAR, ALBUQUERQUE, MEDEIROS, 2011). Recentes decisões do TCU tem apresentado a possibilidade de expedição de medida cautelar para impedir a execução de contratos, sem que tal fato caracterizar abuso de poder das Cortes de Contas. O “poder cautelar” das Cortes de Contas, embora não esteja explícito na Constituição Federal, faz parte do conjunto de poderes implícitos outorgados pela própria Carta Magna, para que o órgão de controle externo possa desempenhar suas funções e competências constitucionais. (AGUIAR, ALBUQUERQUE, MEDEIROS, 2011). Em palestra sobre o tema, o professor Luciano Ferraz explica uma das formas esta atuação preventiva do órgão de controle:

(...) chegamos à conclusão de que o Tribunal de Contas pode, e a legislação infra-constitucional assim o disciplina, fazer controle de procedimentos administrativos, notadamente do procedimento de Licitação. E se ao longo do procedimento de Licitação o Tribunal de Contas visualiza algum tipo de irregularidade, ele pode assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências para se adequar ao ordenamento jurídico. Bom, se o Tribunal de Contas assina esse prazo e não é atendido, diz o artigo 71, X tem ele a competência para sustar o ato impugnado. Sustar a eficácia do ato impugnado. Sustar os efeitos do ato impugnado, sob pena de responsabilidade da autoridade. O Tribunal, quando emite esse juízo não se imiscui na questão da validade do ato, porque quem trabalha no âmbito da validade, ou seja, quem pode declarar invalidade do ato, ou é a própria administração ou é o Poder Judiciário. Ou seja, o Tribunal de Contas provoca o Poder Legislativo, e o Poder Legislativo adota o ato de sustação. (FERRAZ, 2004)

Contudo não se pode deixar de mencionar o entendimento doutrinário sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos no tocante a atuação do Poder Judiciário, consoante os ensinamentos de Odete Medauar:

(...) por legalidade do ato administrativo diz respeito a sua conformação às normas do ordenamento jurídico. A margem de liberdade que incide sobre a escolha inerente ao discricionário corresponde ao mérito do ato administrativo, tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo este efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário (MEDAUAR, 2007, p. 148).

Pacífico é o entendimento de que este controle sempre é possível se for para aferir a legalidade deste ato, não se podendo adentrar no seu mérito, ou seja, fazer reapreciação da sua conveniência e oportunidade, também se entende que o Poder Judiciário pode rever e controlar atos administrativos discricionários que não obedeçam às leis, à Constituição Federal e a todos os seus princípios, tais como moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. (TORRES, 2010). Este panorama da ampliação da intervenção jurisdicional, que muitas vezes ultrapassam os limites da legalidade, que por sua vez, são foco de divergências doutrinárias, quanto à análise da compatibilidade do ato administrativo. Já, a tese que compete às Cortes de Contas, no exercício de suas funções de controle, a apreciação da constitucionalidade das leis e atos administrativos, encontra-se consolidada na Súmula 374 do Supremo Tribunal Federal (STF): “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”. Entretanto, enfatiza-se que o objetivo dos Tribunais de Contas não é o mesmo do STF, que é o órgão competente para o controle definitivo das normas, entretanto a Constituição Federal assegura a competência as Cortes de Contas de declarar a inaplicabilidade do texto legal apreciado ou determinar a sustação do ato que não estiver em consonância com a norma positivada no texto constitucional.

CONCLUSÕES: De acordo com o exposto, entende-se que é lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da legalidade, moralidade, economicidade, impessoalidade,

eficiência, eficácia e do desvio da sua finalidade. A referida análise deverá sempre ser em consonância com os princípios basilares da administração públicos insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Quanto à previsão constitucional de sustação dos atos administrativos por meio de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, sempre deverá ter como premissa básica a correta aplicação dos recursos públicos. Portanto, toda vez que existirem situações imediatas de lesão ao interesse público é cabível a adoção de procedimentos cautelares. Nesta percepção, os Tribunais de Contas, como órgãos fiscalizadores, têm a prerrogativa constitucional de zelar pelo patrimônio público, prevenindo danos futuros pelo exercício geral do poder de cautela. A ênfase dada aos Tribunais de Contas refere-se à prevenção, zelo e efetividade dos processos com a coisa pública, e em relação à quantidade, qualidade e custo-benefício (FERRÃO FILHO, 2011). Não resta dúvida que caberá aos órgãos de controle a fiscalização dos atos administrativos e a vigilância da conduta legal, comportamento ético, e a proteção dos direitos: individuais, coletivos, difusos, públicos ou privados. Ressalta-se que a atividade administrativa é uma sucessão de atos e fatos jurídico-administrativos, que tem como objetivo geral a concretização do interesse público tutelado pela norma de direito administrativo positivado. Também, é importante ressaltar que ampliação do controle jurisdicional da administração pública acentuou-se na Carta Magna de 1988, passando a exigir do Estado o cumprimento dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, que por sua vez impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja um controle dos atos administrativos. Com estas breves considerações verifica-se o papel relevante dos Tribunais de Contas no controle "a priori" das despesas públicas, que se antecipam na análise de atos administrativos resultando em uma atuação positiva na garantia do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum acadêmico de direito, organização**. 6 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2008.
- AGUIAR, Ubiratan Diniz de, ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de, MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Grandes temas de direito administrativo**. ed. Malheiros, São Paulo, 2009.
- FERRÃO FILHO, Denis Peixoto. **O controle dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas através da concessão de medidas cautelares**. Revista da Escola Superior de Controle Externo do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul. Ano I, Cuiabá, 2011. p.60-66.
- FERRAZ, Luciano. Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos Serviços Concedidos. http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/27_10_04/luciano_ferraz6.htm. Acesso em 22 de fev. 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GUERRA, Evandro Martins Guerra. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 27 edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- TORRES, Edgard Marcelo Rocha Torres. O controle dos atos administrativos pelos tribunais diante da nova dimensão dos conceitos de discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. jul-ago-set, v.76, n3, 2010.