

# SE A MATÉRIA É DISCRICIONÁRIA, NEM O JUDICIÁRIO NEM O TRIBUNAL DE CONTAS PODE DETERMINAR CONTRATAÇÕES PELO PODER PÚBLICO

*Sandra Krieger Gonçalves<sup>1</sup>*

*Ivan Barbosa Rigolin<sup>2</sup>*

## *Limitações ao Poder Judiciário*

I - Este breve artigo pretende alertar a consciência institucional das autoridades dos diversos Poderes do Estado, ou de outro modo avivar sua memória sobre uma questão jurídica recorrente de tempo em tempo em nosso país, sobre a natural *limitação de poder* que mesmo os mais altos entes jurisdicionais experimentam dentro do ordenamento constitucional.

Não existe Poder ou instituição mais provida da faculdade de decidir sobre os destinos dos cidadãos jurisdicionados - e o somos todos, invariavelmente - que o Poder Judiciário. É da sua essencial natureza, e para isso mesmo existe.

Esse papel já era o seu ainda e bem antes até do advento da clássica enunciação da tripartição dos poderes do estado por Montesquieu, através de cuja obra o tema ganhou notoriedade generalizada, que não tinha antes. É

---

<sup>1</sup> Advogada, Mestre e Doutora em Ciência Jurídica. Professora de Direito Administrativo e Processual Civil da Universidade Regional de Blumenau. Conselheira Federal da OAB.

<sup>2</sup> Advogado.

do Judiciário o papel de decidir em instância final e em caráter definitivo as querelas, as disputas e as prebendas entre cidadãos, empresas, o Estado ou quaisquer outras pessoas que possam existir dentro de cada país que adote o sistema tripartite.

É certo, porém tudo no estado tem regras e tudo tem medidas. Não existe nem pode existir poder absoluto ou ilimitado, no direito de qualquer estado, em favor de entidade ou de instituição nenhuma, ou de outro modo de nada valerão as garantias do cidadão contra os abusos de seus dirigentes e contra os desmandos naturais de quem desfruta de qualquer espécie de onipotência.

E desse modo os estados constitucionais e democráticos jamais podem permitir que autoridade ou poder algum se sobreleve sobre os demais em prerrogativas, pois que isso só em si significaria o desbordamento das funções institucionais de cada qual.

II - Nesta esteira, nem o Poder Judiciário é nem pode ser onipotente, nem pode situar-se além do plano de equilíbrio que a Constituição de cada país lhe delimita, precisando ater-se às normas e aos princípios constitucionais e infraconstitucionais em que se estrutura o estado ao qual pertença. A regra segundo a qual *o estado sou eu* está felizmente sepultada em abismo profundo, para bem das pessoas honradas <sup>(3)</sup>.

Não existe *patrulha ideológica* no direito brasileiro, porque a Constituição, no art. 5º, incs. IV, VI e VII em seu conjunto, asseguram ao cidadão pensar livremente e ter a ideologia que bem entender, de modo que com muito mais razão a autoridade pública, dotada do poder discricionário de eleger a melhor conduta dentre as juridicamente possíveis, está constitucionalmente

---

<sup>3</sup> Muito embora no planeta ainda existam territórios como Venezuela, Nicarágua ou Cuba.

protegida quanto à sua escolha no desempenho de suas atribuições, até mesmo de decisões judiciais quanto ao mérito do seu ato discricionário. Só responde pela juridicidade do seu ato, jamais pela escolha que efetuou entre todas as possibilidades que tinha à mão.

### ***Limitações aos Tribunais de Contas***

III - Quanto aos Tribunais de Contas, que no Brasil são órgãos ou entes auxiliares do Legislativo, tanto mais evidente é a sua limitação institucional de poder.

Plasmados na Constituição e organizados pelas suas respectivas leis orgânicas, os TCs exercem funções muito bem delimitadas, desempenhando tão somente atribuições elencadas com precisão e objetividade, e circunscritas de modo bem diferente daquelas próprias do Judiciário, as quais, nada obstante as limitações referidas ao início, restam virtualmente impossíveis de equacionar ou compartimentalizar.

Nada semelhante quanto aos TCs. Não desfrutando de verdadeira jurisdição - tomada no sentido processual e capaz de fazer coisa julgada - o que somente o Judiciário realiza considerado o sistema de jurisdição una, única ou concentrada vigente no Brasil - mas apenas de uma *jurisdição administrativa* sobre as pessoas que fiscaliza, incapaz de fazer coisa julgada contra quem quer que seja mas apenas de produzir efeito dentro da esfera administrativa respectiva, e que pode ser desfeita por decisão do Judiciário, então muito mais visíveis são os limites formais e materiais da sua atuação, aos olhos de quem os quiser ver.

As atribuições do Tribunal de Contas da União se

iniciam, na Constituição Federal, art. 71, e seguem pela lei orgânica do mesmo TCU, que de certo modo as amplia, num mecanismo jurídico que não deixa de ser no mínimo curioso.

As dos Tribunais de Contas dos Estados são delimitadas inicialmente nas Constituições estaduais respectivas, e semelhantemente se ampliam nas leis orgânicas dos mesmos TCEs, sempre à imagem e semelhança da Constituição Federal e da LOTCU.

E o mesmo, em ponto menor, ocorre quanto aos dois únicos remanescentes Tribunais de Contas municipais existentes no país, o do Município de São Paulo e o do Município do Rio de Janeiro.

IV - Para contrastar com o caso do Poder Judiciário, basta questionar: quando porventura ou a Constituição ou alguma lei pretendeu impor limites ao objeto de ações judiciais ? Pelo oposto, informa a Constituição, no art. 5º, inc. XXXV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Vale dizer, como de fato se dizia, que a cada direito existe uma ação que o assegure. Basta que exista o direito, ou basta que se invoque a existência de um direito, para que o Poder Judiciário precise apreciar a ação que vise obtê-lo ou protegê-lo, por mais inimaginável que fosse anteriormente, ou por mais surpreendentes que sejam os seus contornos.

E nada disso se imagina quanto aos TCs, que - tal qual os aviões voam dentro de um tubo imaginário previamente traçado - apenas julgam o que, estritamente na forma constitucional e legal aplicável, lhes foi programado e destinado como matéria de trabalho.

### ***Sobre o poder discricionário***

V - Denomina-se comumente na doutrina *poder discricionário* àquele plexo de faculdades que os governantes detêm de escolher ou eleger, dentro das possibilidades todas que o ordenamento jurídico lhes abre e jamais contra o direito, o comportamento, a atitude, o ato ou o procedimento que entenderem mais adequado a cada momento de sua administração, dada a necessidade concreta de cada oportunidade.

Discricionária é a livre escolha da atitude a adotar, se o direito não previr uma conduta determinada para aquela situação, pois que se o previr não caberá falar em discricionariedade em favor da autoridade, já que a esta não resta senão cumprir a ordem que direito lhe impõe.

Diz-se então *vinculada* a vontade da autoridade ao comando jurídico, e é portanto *oposta*, nesse sentido, à vontade discricionária de que dispõe n'outra circunstância em que possa escolher o que fazer dentre, muito amiúde, incontáveis alternativas ou possibilidades.

VI - Desde há muito na história do direito a doutrina, e bem assim a jurisprudência, se posicionou, com toda razoabilidade e toda lógica, no sentido de que se é discricionário o comportamento da autoridade, então o Judiciário não pode apreciar o mérito da escolha efetuada, ou seja: o mérito dos atos discricionários são insuscetíveis de apreciação judicial.

Natural que assim seja, pois que se dentro da regra jurídica a autoridade pode escolher de *a* a *z* o que fazer e o que realizar no cumprimento das suas atribuições; se pode adotar o comportamento que bem

entender devido a apropriado diante da demanda que se lhe apresenta para resolver ou para encaminhar; se pela natureza do seu ato ele detém a capacidade da livre escolha e da eleição pessoal e subjetiva, então por forçada consequência não se pode imaginar que o que foi livre para ser escolhido possa agora periclitir ou ser invalidado judicialmente apenas porque a escolha foi esta ou aquela - repita-se: se ambas eram juridicamente admissíveis.

Se não contiver vício de juridicidade - e evitamos falar em constitucionalidade ou em legalidade devido à emaranhada interseção dessas duas províncias, a tal ponto que discernir o que puramente constitucional do que é meramente legal não raro desafia a argúcia dos maiores peritos -; se foi praticado pela autoridade competente, então a escolha foi juridicamente correta, e o Judiciário *nada tem com isso*.

VII - O Supremo Tribunal Federal tem como mansa e pacífica sua jurisprudência nesse sentido.

Lê-se de uma decisão que já conta um quarto de século e cuja orientação jamais mudou nem periclitou, o MS 21.227/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.10.93:

a) o juízo sobre a declaração de desnecessidade de cargo público é privativo e discricionário do Chefe do Poder respectivo, no caso, do Governador do Estado;

b) o art. 41 § 3º da CF é auto-aplicável, prescindindo de regulamentação por lei;

c) os servidores postos em disponibilidade não têm direito subjetivo a contestar o ato governamental (contraditório e ampla defesa), uma vez que a

disponibilidade é **decisão orientada por critérios de conveniência e oportunidade administrativas, insuscetível, como tal, de controle jurisdicional quanto a seu mérito, sob pena de frontal violação ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, proclamado no art. 2º da Constituição Federal**". (Destaque nosso).

E decidiu no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça em incontáveis oportunidades, das quais se pinçam as duas seguintes deliberações:

a) STJ - RMS nº 9319 - MG - 1998/0001168-4.

Publicado em 13/04/99:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DO ATO DISCRICIONÁRIO. EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. Compete à Administração Estadual o poder discricionário de decidir sobre o deferimento ou não do pedido de adesão ao PDV. **Não pode o Poder Judiciário substituir o administrador, decidindo sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário.** Recurso improvido. (Destaque nosso).

b) STJ - AgRg no RESP nº 1330159 - SP - 2012/0127537-8. Publicado em 20/08/13:

Decisão judicial dos atos discricionários é possível, **desde que respeitando-se a discricionariedade administrativa** (...) se na aferição da realidade, da legalidade e da legitimidade dos motivos do ato discricionário (...) (Destaque

nosso).

Se assim é quanto ao próprio Poder Judiciário e seu impedimento de apreciar o mérito das escolhas discricionárias realizadas pelas autoridades públicas, que então dizer quanto aos Tribunais de Contas, cujas atribuições são delimitadas por descrições objetivas e parâmetros inflexíveis ?

### ***Relato de uma ação***

VIII - A inspiração deste tema adveio de uma ação declaratória com preceito cominatório cuja autora foi contratada diretamente, por dispensa de licitação, por um Estado de nossa federação, para a prestação de serviços de transporte escolar na zona rural dos Municípios daquele Estado.

Nos termos da justificativa anexa ao processo de dispensa esclareceu-se que a contratação direta se tornou necessária diante das inúmeras dificuldades de levar a termo o procedimento licitatório na modalidade pregão em face de impugnações oferecidas pelo Ministério Público do Estado, e de seus repetidos requerimentos de esclarecimentos e informações.

Prossigui o episódio com a expedição pelo mesmo MP de uma nota recomendatória sugerindo a suspensão do certame sob pena de ação civil pública, e culminou, diante daquilo e da *urgência* que a situação impunha às autoridades estaduais, com a revogação pelo Estado do edital daquela licitação.

Enquanto o procedimento licitatório tramitava ocorreram e foram documentadas inúmeras manifestações das comunidades desatendidas pela falta de transporte público escolar, pela ausência de rotas e até mesmo pela prestação descontinuada do serviço que até então se verificara.

De outra parte, até o próprio Ministério Público de Contas, informado do que ocorria, requisitou o processo licitatório e o devolveu

somente sete meses após, o que causou imenso prejuízo operacional à Administração, que também por esse motivo não pôde dar continuidade ao ato licitatório.

Quando a tudo isso se soma o término do prazo do contrato em vigência à época, e o esgotamento dos prazos de prorrogação excepcional previstos no art. 57 da Lei nº 8.666/93, fácil foi concluir observar que se impunha a *contratação emergencial* do serviço, único modo de não descontinuar o transporte público escolar.

Ato contínuo, e a despeito de todas as questões relevantes de fato e de direito presentes, o Ministério Público de Contas, por intermédio de Representação junto ao Estado, obteve liminar exarada pelo respectivo Tribunal de Contas, determinando a *anulação do ato de dispensa de licitação para a contratação emergencial* da prestação daqueles necessários serviços de transporte escolar.

A decisão liminar foi confirmada pelo plenário do TC, o qual então determinou ao Estado que desse continuidade à prestação do serviço, excepcionalmente, por meio das atuais empresas prestadoras até o início da vigência da contratação das empresas vencedoras no novo certame.

Aquela decisão do Tribunal de Contas, ainda, ao determinar a anulação do processo de dispensa de licitação, **mandou que o Estado contratasse as empresas que prestavam serviços sob um contrato licitado anteriormente**, o qual porventura, além de tudo, já tinha se encerrado pelo decurso do prazo máximo legal de vigência, dado pela lei de licitações.

Muito mais aconteceu e acontece no curso da ação, mas neste momento a seqüência não interessa. Este relato, até só este ponto, permite refletir sobre a juridicidade daquela decisão da corte de contas, na craveira do que se

veio de considerar ao início.

IX - O que custa digerir nessa relatada situação é que um Tribunal de Contas, que não exerce jurisdição judicial ou processual no sentido próprio mas apenas uma, por assim dizer, *jurisdição administrativa*, tenha pretendido obrigar o Estadão contratar empresa(s).

Pareceu olvidar-se aquele Tribunal de Contas de que

a) não pode obrigar o poder público que fiscaliza a contratar ninguém, porque essa contratação se enquadra no poder discricionário daquela autoridade, em que nem mesmo o Poder Judiciário pode interferir, e que a autoridade usa quando, como e se quiser;

b) um contrato é uma ato bilateral, que para a autoridade pública celebrar dependerá do consentimento e da participação ativa de outra pessoa. Sem esse consentimento não sai contrato algum de província nenhuma da atividade pública ou privada em lugar algum do mundo, e nem o Poder Judiciário pode obrigar essa segunda pessoa a contratar, porque o Judiciário não dita o que cada pessoa queira fazer ou escolha negociar; se puder ditar, então não mais será escolha, mas ordem. E o ato que era livre passaria a ser compulsório, o que destoa dos mais basilares princípios de direito.

Contratar ou não contratar é uma *escolha discricionária* da autoridade pública, e nesse sentido não pode ser forçada por autoridade nenhuma, do Poder que for, num estado democrático de direito.

Mesmo após licitar um objeto de contrato pode a autoridade deixar de contratar, bastando, para isso, se se arrependeu da licitação ou se tiver algum motivo outro para não contratar, deixar escoar o prazo de validade da proposta vencedora sem convocar o seu autor para a contratação.

Se não houver motivo relevante e justificável, não é essa uma atitude de boa catadupa nem recomendável mas, se acontecer, nem por isso obrigará a autoridade que o fez a contratar.

Dizemos mais: nem se for judicialmente caracterizado o desvio de finalidade naquela atitude protelatória, nem mesmo assim o Judiciário poderá condenar a autoridade a contratar, pois que a autoridade judicial estaria adentrando o mérito do ato discricionário, o que por tudo que se examinou lhe é vedado.

Sim, porque a contratação continua sendo discricionária sempre, e alguém pode ser apenado por praticar ato com desvio de finalidade, mas não com uma obrigação de fazer o que discricionariamente não quis fazer. Ou a vontade da autoridade é *vinculada* ao comando da lei ou de outro modo é *livre e dependente apenas da vontade do seu titular*, ou em outra palavra é *discricionária*.

*Nenhum desvio de finalidade transforma um ato de discricionário em obrigatório.*

Puna-se o desvio de finalidade com a pena adequada; mas jamais se cogite em deformar um ato livre em outro compulsório - muito menos ainda se se tratar de um ato bilateral como um contrato, um negócio que sempre depende do livre exercício de vontade de duas partes.

X - Tudo isso relatado é diferente do que ocorre quanto ao particular que, por exemplo, vença uma licitação e sua proposta ainda esteja dentro da validade, pois nesse caso, convocando-o o ente público licitador ou o particular contrata ou sofre penalidade, na forma da lei de licitações (por mais difícil que seja encontrar uma pena para não-contratados na lei de licitações). Contratar, para o particular em uma hipótese assim, que é muito rara, deixa de ser ato

discricionário e se torna simplesmente obrigatório.

Nada disso entretanto, e seja repetido para concluir, com relação à autoridade pública, que jamais pode ver, nem pelo Poder Judiciário nem muito menos por ato de Tribunal de Contas - que não detém verdadeira jurisdição em sentido processual -, um seu ato discricionário transmutado em ato de realização compulsória, mormente se se tratar de contrato, que não é unilateral mas um negócio, e portanto dependente de duas livres vontades.