

A colisão da discricionariedade e dos motivos determinantes na transição de governos

The collision of discretion and determining reasons in the transition of governments

Eron Vinícius Amorim

Resumo: O problema é conhecido da população, no Brasil, são comuns os casos de obras públicas paralisadas que cruzam a transição de governos e, não raro, cruzam vários mandatos da administração pública. Isto ocorre em todas as esferas do Poder Executivo. Sobre estes eventos a pesquisa pretende determinar a abrangência da decisão discricionária do gestor eleito para o cargo do poder executivo sobre a conveniência e a continuidade de obras públicas. Constatou-se que por conveniência o administrador eleito deve prosseguir com as obras públicas da gestão anterior e, nesta condição, não cabe a aplicação do poder discricionário do cargo do Poder Executivo. Logo, a justificativa para a paralisação ou abandono de obra pública requer comprovada motivação de fato e de direito, uma vez que, o emprego do ato discricionário não é imune ao controle de juridicidade e tem limites na teoria dos motivos determinantes.

Palavras-chave: administrador, gestor, discricionário, motivo, obras públicas.

Abstract: The problem is known to the population, in Brazil, cases of paralyzed public works that cross the transition of governments and, not infrequently, cross several mandates of public administration are common. This occurs in all spheres of the Executive Power. About these events, the research intends to determine the scope of the discretionary decision of the elected manager for the position of the executive power on the convenience and continuity of public works. It is verified that for convenience the elected administrator must proceed with the public works of the previous administration and, in this condition, the application of the discretionary power of the position of the Executive Power does not fit. Therefore, the justification for the stoppage or abandonment of public work requires proven motivation in fact and in law, since the use of discretionary act is not immune to legal control and has limits in the theory of motivation or determining reasons.

Keywords: administrator, manager, discretion, motive, public works.

INTRODUÇÃO

A execução do contrato administrativo que pode ser fruto de um processo licitatório tem sua continuidade determinada pelos pressupostos de conveniência e legalidade. O destino das obras públicas, por exemplo, e seu aproveitamento ao interesse público estão sujeitos aos critérios determinados por estes pressupostos.

São critérios de avaliação da prerrogativa de certos agentes públicos e, mais comum, para o agente político eleito ao cargo de gestor ou administrador público. É dele a decisão, baseada na conveniência e legalidade, se determinada obra pública deve ter continuidade ou não, este é o poder discricionário que o gestor ou administrador público eleito detém.

Resta saber se este poder discricionário do gestor eleito pode interferir na decisão tomada pelo gestor do mandato anterior. É preciso verificar se uma obra pública que teve seu início de execução em uma gestão pode ser interrompida ou, simplesmente, abandonada pela gestão do mandato seguinte por uso do seu poder discricionário, dentro dos critérios de conveniência, oportunidade e legalidade.

É fundamental revelar o limite do uso do poder discricionário do gestor político eleito. Verificar se as decisões fundadas na discricionariade são, de fato, tomadas pelo livre discernimento do administrador público eleito, se as decisões são totalmente livres de condições ou regramentos estabelecidos pela Administração Pública.

Se a decisão discricionária do administrador eleito é de seu livre arbítrio, se instala a dúvida se ele pode paralisar ou interromper uma obra pública em execução que teve início no exercício dos gestores de mandatos anteriores; ou, o gestor eleito em exercício é obrigado a prosseguir com a obra

pública licitada pelo gestor anterior para propiciar a conclusão de um objeto fruto do processo licitatório realizado.

A discricionariedade influi na decisão do administrador público eleito sobre a conclusão de objetos de licitação, seja de processo licitatório realizado no curso de seu mandato, seja na situação alvo deste trabalho, que é a condição da decisão discricionária da continuidade ou não da obra pública iniciada no mandato do gestor anterior e assumida na transição do governo pelo gestor eleito seguinte.

O problema é conhecido da população, no Brasil, são comuns os casos de obras públicas paralisadas que cruzam a transição de governos e, não raro, cruzam vários mandatos da administração pública. Isto ocorre em todas as esferas do Poder Executivo e, em alguns casos, pode existir a participação concorrente de mais de um ente federado na descontinuidade das obras públicas.

Há exemplos notórios de obras públicas paralisadas ou abandonadas, como: as obras da Copa do Mundo de 2014 que teve os certames licitatórios realizados em 2012, porém diversos canteiros de obras estão espalhados pelo país. Aos poucos, estas obras paralisadas foram assumidas por Estados e municípios que estão prosseguindo para conclusão com ou sem ajustes no projeto original. Outras obras, ainda estão abandonadas, sem previsão de retomada.

Outro caso de conhecimento regional a citar é o campus da Universidade Federal de Santa Catarina na Região Norte Catarinense, as obras começaram em 2012 com previsão da conclusão da primeira etapa em 2014 e ainda sem previsão de conclusão.

Dentro da esfera municipal, atualmente, temos o exemplo das obras de macrodrenagem da Bacia do Rio Mathias no município de Joinville, Estado de Santa Catarina, que teve o termo de compromisso firmado em 2011 para obtenção de recursos e contrato de execução firmado em 2014. A obra de

macrodrenagem, entre períodos de longas paralisações e continuidades, está lenta e paulatinamente em execução.

Para todos estes exemplos, os impactos sobre a sociedade são claros e observáveis. Não bastasse os transtornos causados no cotidiano da cidade por período muito além do esperado no cronograma para a entrega da obra concluída, ainda há o prejuízo econômico no setor comercial e empresarial e, conseqüentemente, para a população.

Por isto, o presente trabalho visa verificar a influência dos pressupostos de conveniência e legalidade sobre a continuidade da execução contratual das obras públicas. Considerando que a conveniência encontra suporte no ato discricionário do agente político eleito, enquanto a legalidade é princípio presente no ato vinculado.

Pois, o ato discricionário oferece liberdade ao juízo subjetivo do agente político eleito e a justificativa da conveniência pode servir ao agente como argumento para não prosseguir com a obra na sua gestão. Em contrapartida, o ato vinculado da administração sujeita o administrado aos ditames legais em preservação do princípio da legalidade, logo, a aplicação do ato pode obrigar o agente político eleito em executar e concluir os projetos como previsto no processo licitatório da gestão anterior.

Então, são as perguntas que se faz: o agente político em exercício, por conveniência, pode não prosseguir com as obras públicas dos certames de processos licitatórios da administração anterior? Em contraponto, o que obriga o agente político em exercício a continuar com as obras públicas da administração anterior? Há limites para o poder discricionário neste aspecto? Dentro da discricionariedade, quais argumentos são válidos e pertinentes para justificar a paralisação ou abandono de uma obra pública em execução? Qual o resultado deste confronto de argumentos jurídicos legítimos?

Para se chegar as respostas, inicialmente, é necessário verificar os efeitos das decisões discricionárias nas transições governamentais, quando o mandato de um gestor eleito em exercício se encerra para a posse do próximo

gestor eleito. Esta situação sobre os atos promovidos nos processos licitatórios suscita o seguinte problema: O agente político eleito, e agora em exercício, é obrigado a prosseguir com os projetos e obras em execução da administração anterior?

Em seguida, se analisa os argumentos mais comuns para as paralisações e abandonos de obras públicas, se as justificativas são admissíveis ou não ao controle jurisdicional, quais as consequências para: a sociedade, a Administração Pública e ao administrador eleito, e se há possibilidade de atuação do poder discricionário do administrador nestas decisões.

Este é o ponto hipotético do conflito entre a decisão tomada pelo poder discricionário do gestor ou administrador eleito que assume o mandato e a teoria dos motivos determinantes que justificam a continuidade, a interrupção ou o abandono do ato da administração iniciado na gestão dos administradores eleitos em mandatos anteriores.

Na conclusão, os pontos relevantes dos conceitos, objetivos e problemas do tema, apresentados na fundamentação, estão sumarizados para resgatar a compreensão, contribuindo para a revelação do resultado da pesquisa com as considerações finais do pesquisador.

ATOS DA ADMINISTRAÇÃO DO GESTOR ANTERIOR E A GESTÃO DO ADMINISTRADOR ELEITO EM EXERCÍCIO

Uma transição governamental compreende o tempo de mudança entre as gestões do governo que finda e o próximo que se inicia. Neste período, há o esforço entre os gestores para prosseguir no atendimento das demandas públicas sem prejuízos aos administrados. (CEARÁ, 2020).

Quando eleito, o gestor recebe poderes para praticar atos e administrar os interesses da coletividade, este é o conceito de mandato que consta no artigo 653 do Código Civil brasileiro. (BRASIL, 2002).

O mandato a que este trabalho se refere é o mandato político ou eletivo destinado ao exercício do cargo público do executivo, para fins da Administração Pública, o gestor eleito atuará no sentido do interesse público dos seus administrados por prazo definido na Constituição Federal. (LUZ, 2020).

O mandato político ou eletivo é exercido por regência da garantia do princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato previsto no sistema jurídico brasileiro e que não pode ser, simplesmente, revogado pois o mandato possui termo de início e de fim do exercício. Para obter esta procuração de poderes são necessários alguns requisitos como: deter a capacidade eleitoral para receber votos e as condições de elegibilidades, sem impedimentos dos direitos políticos. (CLEVER; SILVA, 2020).

A Constituição, a partir da Emenda Constitucional nº 16, de 1997, estabeleceu que os cargos do poder executivo federal, estadual e municipal passariam a exercer mandatos de quatro anos, em pleitos diretos e simultâneos em todo o país com processos eleitorais intercalados, sendo para presidente e governadores em um momento e para prefeitos em outro no intervalo de dois anos. (BRASIL, 1988; 2021b).

Breves regras de transição de governo estão dispostas na Lei nº 10.609, de 20 de dezembro de 2002, apesar de se referir ao cargo de Presidente da República, tornou-se aplicável nos poderes executivos estaduais e municipais por analogia, enaltecendo o princípio da alternância dos poderes, e a similaridade do processo eleitoral e administrativo nas esferas federativas.

Muitas entidades federativas também definiram regras próprias de transição governamental. Na Lei Orgânica do município de Joinville, no Estado de Santa Catarina, consta que o prefeito eleito e o seu vice-prefeito devem comparecer em sessão solene para tomar posse e assumir o mandato, com rígido prazo de dez dias para a sessão solene ocorrer. (JOINVILLE, 1990).

Na solenidade definitiva de transição governamental na Câmara de Vereadores de Joinville, o agente político eleito que toma posse e o gestor eleito

que será substituído devem declarar publicamente seus bens. Mas o processo de transição tem início com quarenta e cinco dias de antecedência da data da solenidade. A partir da Emenda de 2011, o processo de transição começou a ser realizado por comissões paritárias formadas por membros indicados pelo Prefeito em exercício e pelo candidato eleito. (JOINVILLE, 1990).

Na forma prevista na referida lei de transição de governo, o gestor eleito para o cargo do poder executivo pode constituir uma equipe de transição com o objetivo de tomar conhecimento das condições e funcionamento dos órgãos e entidades da Administração Pública e planejar os primeiros atos após a posse como novo gestor eleito. A equipe de transição do gestor eleito deve ter acesso às informações das contas públicas, programas e projetos do gestor em exercício. (BRASIL, 2002).

Até que o novo administrador eleito seja declarado pela Justiça Eleitoral, o gestor em exercício deve aproveitar o prazo que antecede a sua sucessão, até o último dia do seu mandato, para informar ao seu sucessor as ações, programas e projetos realizados durante a sua gestão e, assim, evitar a descontinuidade da prestação de serviços e da execução das obras públicas. (CEARÁ, 2020).

A preocupação da Administração Pública sobre a continuidade da prestação e do atendimento ao interesse coletivo dos administrados é de relevância principiológica. O princípio da continuidade prevê que as atividades da Administração Pública devem ser ininterruptas para não prejudicar a população, a garantia pela continuidade da prestação determina limites, inclusive ao direito de greve, neste deve haver a comunicação prévia por “alerta de greve” e a fixação de um percentual de atendimento. (MEDAUAR, 2018).

Em razão do princípio da continuidade, os detentores de cargos públicos devem elaborar e executar procedimentos nos casos de substituição, interinidade e suplência para que o agente que venha assumir o cargo possa atuar adequadamente na posição administrativa do órgão ou entidade pública. (MEDAUAR, 2018).

Exemplificando, na ADI 1.183, o Supremo julgou o caso de substituição da função de notário ou registrador sem determinação de prazo máximo na substituição pelo preposto. As longas ausências do titular da função e o prazo indefinido de substituição do preposto acarretam o pressentimento de violação da investidura na função, sem processo seletivo por concurso público. (BRASIL, 2021e).

No argumento do STF, o substituto deve ser outro notário ou registrador sob regras próprias do serviço notarial e registral, requerendo, se necessário, a abertura de concurso público para provimento. Em síntese, a ADI 1.183 foi conhecida e julgada parcialmente procedente para dar melhor interpretação ao art. 20 da Lei dos Cartórios, Lei n.º 8.935 de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. (BRASIL, 2021e).

Com esta decisão se compatibilizou o princípio da continuidade do serviço notarial e registral com a imposição do art. 236, §3º, da Constituição e a garantia da continuidade do atendimento público. (BRASIL, 2021e).

Para o exercício do cargo do poder executivo, antes da posse, convém ao novo gestor eleito tomar conhecimento de todos os atos do administrador eleito em exercício para que inicie ou dê continuidade aos atos, programas e projetos já existentes. Para isto, um processo de transição deve ser realizado de modo a transferir a gestão pública com total transparência. Desta forma, o administrador eleito terá conhecimento dos atos em andamento da administração anterior evitando a descontinuidade e prejuízos ao erário. (CEARÁ, 2020).

A descontinuidade do serviço público é capaz de resultar em prejuízo ao erário num efeito em cadeia. Relação vista como evidente na manifestação nacional dos servidores públicos contra a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 32 de 2020, que institui a reforma administrativa.

No caso, a Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Correios, Telégrafos e Similares (Fentect) aderiu ao movimento de paralisação para reivindicar: melhores condições de trabalho, reajuste salarial, o fim do

sucateamento da empresa e do projeto de privatização. Segundo os gestores da estatal, a greve prejudicou o cenário econômico e produziu um prejuízo de R\$ 4 milhões (quatro milhões de reais) por dia, vindo a requerer da Justiça do Trabalho a manutenção do percentual mínimo de 90% das atividades. (BRASIL, 2021f).

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho determinou a manutenção do contingente mínimo de 70% das unidades da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) durante a greve da categoria. (BRASIL, 2021f).

A Lei 9.504 de 1997, que estabelece as normas eleitorais, no art. 11, § 1º, inc. IX, determina a entrega da proposta do plano de governo dos candidatos aos cargos de chefe do Poder Executivo para fins de registro na Justiça Eleitoral. Como a formalidade serve apenas para o registro da candidatura, o plano de governo não está sujeito a fiscalização de efetividade e a prática do conteúdo da proposta não é exigida. (CEARÁ, 2020).

Como visto, a referida lei, que define as normas para as eleições, exige no registro da candidatura um termo com as propostas defendidas pelo candidato ao cargo do poder executivo. Nesta proposta de plano de governo estão descritas as ações a serem executadas durante o mandato do pretendente ao cargo sobre as áreas de atuação da Administração Pública conduzidas por suas secretarias como: Administração, Finanças, Procuradoria Geral, Planejamento Urbano, Saúde, Educação, Assistência Social, entre outras. (BRASIL, 2021a).

O plano de governo direciona o período do mandato do gestor eleito no sentido de executar as ações estratégicas e cumprir os compromissos assumidos com a população durante a campanha eleitoral, além disso, o plano serve de base para a elaboração do Plano Plurianual do primeiro ano de mandato. (BRASIL, 2021a).

Apesar da importância verificada no plano de governo, realmente, o documento não passa de uma mera formalidade ao registro da candidatura. O

resultado, julgamento ou a fiscalização sobre a concretização do conteúdo das propostas não geram responsabilidades ao gestor eleito.

A situação comum no cotidiano político, foi caso hipotético explorado no Exame XXX da Ordem dos Advogados do Brasil. No problema trazido na peça profissional, o candidato prometeu em campanha eleitoral que, se eleito, construiria um hospital Municipal. Por deixar de cumprir com a promessa eleitoral, o enunciado da questão dizia que ele teria violado o dever de honestidade ao deixar de executar ato de ofício vinculado à campanha eleitoral. (FGV; OAB, 2019).

Contrário ao argumento do problema, o padrão da resposta correta da peça profissional argumenta que o descumprimento da promessa de campanha, normalmente prevista na proposta do plano de governo, é fato atípico sobre o qual não cabe qualquer penalidade ao gestor eleito. (FGV; OAB, 2019).

Porque o descumprimento da promessa de campanha prevista na proposta do plano de governo não é elemento suficiente aos pressupostos do ato de improbidade do gestor eleito na Administração Pública, o fato não preenche os requisitos previstos no art. 7º da Lei nº 8.429 de 1992. (BRASIL, 1992).

Ou seja, se o gestor eleito não é obrigado a cumprir com seu próprio plano de governo, nada obrigará o sucessor ao cargo a cumprir com promessas de campanha de terceiros. Mas, o fato indica a importância do processo de transição de governo para evitar surpresas desagradáveis ao sucessor.

Antes da publicação da Lei de Transição de Governo, de dezembro de 2002, a Presidência da República já havia protagonizado uma transição exemplar orientada pelo seu Decreto nº 4.199 de abril de 2002. Nele havia disposições sobre a prestação de informações da Administração Pública para os partidos políticos, coligações e candidatos ao cargo de Presidente da República até a data do resultado oficial das eleições de 2002.

A boa prática de governança pública, recomendada pelos Tribunais de Contas, diz que a transição governamental deve permitir ao administrador eleito sucessor o pleno conhecimento sobre: os convênios, contratos e outros

instrumentos congêneres cujos objetos sejam obras ou serviços, bem como a situação atual destes instrumentos; a relação de obras concluídas, em fase provisória ou definitiva, e as pendências; projetos, processos de pagamento, contrato e seus aditivos, dentre outros; relação das obras em andamento e respectivos processos de pagamento, contrato, dentre outros; relação das obras não iniciadas, porém, com projetos já elaborados e recursos já garantidos; ações, projetos e programas de governo em execução, interrompidos, findos ou que aguardam implementação. (CEARÁ, 2020).

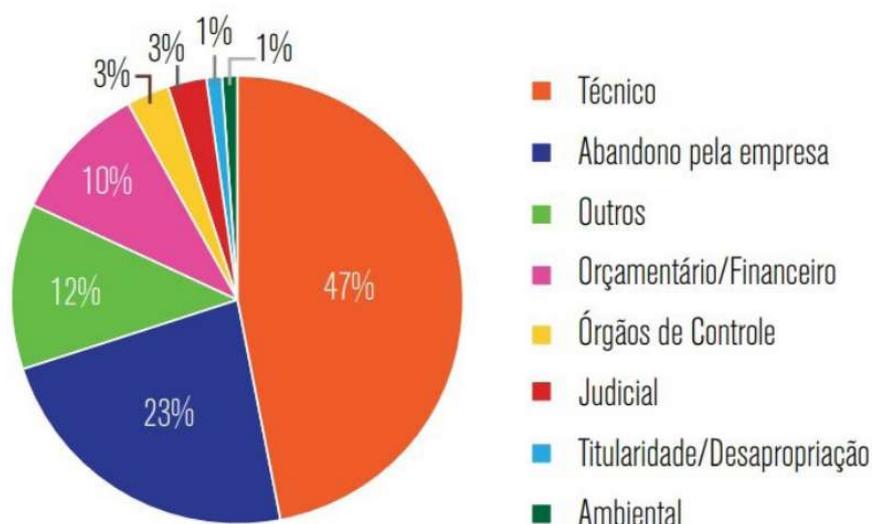
Destaca-se a situação de obra paralisada ou inacabada em uma transição governamental. Geralmente, é uma obra com a execução suspensa ou concluída, mas sem utilização pela falta: de pessoal, de equipamentos necessários ou de fornecimento de energia elétrica, água, acesso, entre outros empecilhos. (CEARÁ, 2020).

Em 2019, o Tribunal de Contas da União consultou os gestores públicos sobre as causas das paralisações de obras públicas, as três principais mencionadas foram: contratação com base em projeto básico deficiente; insuficiência de recursos financeiros de contrapartida; e dificuldade de gestão dos recursos recebidos. (TCU, 2019; CNJ, 2019).

Conforme a Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas, realizada em 2019, para a elaborar um amplo diagnóstico das obras paralisadas pelo País e financiadas com recursos federais, foram observados 38 (trinta e oito) mil contratos de obras públicas do Governo Federal, destes mais de 14 (quatorze) mil estavam paralisadas, representando mais de um terço das obras financiadas correspondendo a R\$ 10 (dez) bilhões aplicados em obras paralisadas e sem gerar benefícios à sociedade. (TCU, 2019; CNJ, 2019).

No levantamento (TCU, 2019), a distribuição dos motivos apontados está ilustrada na imagem do gráfico abaixo (Figura 1):

Figura 1 - distribuição dos motivos apontados



Fonte: Tribunal de Contas da União, 2019.

Fonte: TCU, 2019.

Não raro, nestas situações, o gestor eleito invoca o princípio ou a cláusula da reserva do possível com a justificativa da falta de recursos orçamentários para a conclusão da obra. O princípio tem origem no direito alemão, no qual se reconhece que os deveres da Administração Pública são realizados enquanto os recursos públicos permitirem, tendo nítida conexão com o princípio da razoabilidade. (DI PIETRO, 2020).

Em certas circunstâncias presentes no caso concreto, o princípio da reserva do possível não é admitido pelo Poder Judiciário. Principalmente, quando o caso está relacionado com os direitos fundamentais, considerando a responsabilidade objetiva do Estado e a possibilidade de alocações de recursos como as verbas orçamentárias. (DI PIETRO, 2020).

No Recurso Extraordinário nº 592.581 de Repercussão Geral, o Supremo considerou lícito que o Poder Judiciário imponha à Administração Pública a obrigação de fazer obras emergenciais em estabelecimentos prisionais pela garantia do que determina o art. 5º, inc. XLIX, da Constituição brasileira. Condição que não admite o argumento baseado nos princípios da reserva do possível ou separação dos poderes. (BRASIL, 2021d).

Para fins de controle de políticas públicas, a análise do judiciário sobre a invocação do princípio da reserva do possível deve verificar, sobretudo, se não configura uma artimanha do gestor eleito para emprego do desvio de poder como meio de afastar um dever da Administração Pública. (DI PIETRO, 2020).

A paralisação de obra pública pode imputar penalidades ao gestor responsável e ao contratado pela interrupção da obra, além de impedir a realização de novos contratos pela descontinuidade dos projetos em andamento. (CEARÁ, 2020).

A Lei de Licitações, de 1993, impõe a sujeição às sanções previstas, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais, aos agentes administrativos que descumprem o disposto na Lei nº 8.666 e frustram os objetivos da licitação. O descumprimento, mesmo não consumado, é definido como crime na Lei de Licitações que penaliza os servidores públicos à perda de cargo, função, incluindo o mandato eletivo, pois a Lei considera servidor público aquele que atua na Administração Pública, mesmo em condição transitória ou não remunerada. (BRASIL, 1993).

A recente Lei nº 14.133, de 2021, diz que o licitante ou o contratado podem ser responsabilizados pelas infrações cometidas no processo de licitação e no contrato administrativo, tais como os atos de causar: a inexecução parcial ou total do contrato; grave dano no funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado. (BRASIL, 2021).

A penalidade por paralisação de obra pública se justifica pelo desprezo com o interesse público, pois a produção do ato convocatório da licitação dependeu previamente da motivação assentada no interesse da coletividade e na legitimidade de vontade da administração. (CEARÁ, 2020).

Bem como, não se justifica a descontinuidade da obra pública pela mudança do gestor público eleito. Ato da administração, tais como os atos administrativos, tem limites específicos para anulação ou revogação, a

mudança de critério de interpretação da nova administração não é suficiente para desconsiderar os atos emanados pelo gestor anterior. (LENZ, 2012).

O poder-dever da Administração Pública em anular ou revogar seus próprios atos está restrito aos editados com conteúdo contrário ao ordenamento jurídico mediante o direito conferido pelo princípio da autotutela. O Supremo Tribunal Federal, nas Súmulas 346 e 473, consagrou tal atribuição para a Administração Pública. (LENZ, 2012).

Neste sentido, ao ato da administração ensejador de processo licitatório que resulta em contrato administrativo do gestor anterior não cabe anulação ou revogação pelo próximo gestor eleito, mesmo que este último considere o ato incorreto ou inconveniente. Se a condição fosse permitida, afrontaria o princípio da continuidade da prestação do serviço público.

Em suma, por decisão consolidada, a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eles produzirem efeitos contrários à lei ou princípios basilares, mas não justifica ou legitima a anulação dos atos da administração anterior por simples discordância ou mudança de orientação do gestor eleito em exercício. (ALCKMIN *apud* LENZ, 2012).

A oposição do administrador eleito em exercício quanto ao juízo de mérito administrativo sobre obra em execução iniciada na administração anterior não justifica a paralisação ou abandono da obra. O abandono pode caracterizar ato de improbidade administrativa, conforme a Lei nº 8.429 de 1992, pela responsabilidade objetiva do gestor por lesão ao erário, perda patrimonial e atentado aos princípios da administração pública, como a legalidade, por descumprir com as normas contratuais, na interpretação dos art. 10 e 11 da referida Lei. (CEARÁ, 2020).

A Lei que dispõe sobre as sanções aos atos de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário ou por ofensa, comissiva ou omissiva, dos princípios da administração pública, condena o ato que venha a frustrar a licitude de processo licitatório como uma forma de perda patrimonial dos bens públicos. Outro exemplo de ato de improbidade administrativa que a

Lei faz referência é o retardamento ou a inércia para a prática do ato de ofício, condição contrária aos princípios da administração pública, como a eficiência. (BRASIL, 1992).

Para os atos de improbidade administrativa previstos na Lei, há sua correspondente penalidade igualmente atribuída na mesma Lei, sem prejuízo de outras sanções penais, civis e administrativas previstas nas demais legislações. Para o ato de improbidade que causa danos ao erário, o agente público condenado deve ressarcir o dano provocado, cabendo ainda, a perda da função com suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e o pagamento de multa balizado pelo valor do dano, acrescida da impossibilidade de contratar ou receber benefícios e incentivos fiscais pelo prazo de cinco anos. (BRASIL, 1992).

Sobre o ato de improbidade administrativa que ofende os princípios da administração pública, a penalidade é praticamente a mesma, porém com perda dos direitos políticos de três a cinco anos, valor da multa balizado pela remuneração do agente público condenado e três anos de restrição para contratar ou receber benefício e incentivo junto ao Poder Público. (BRASIL, 1992).

Todas as penas que constam na Lei de Improbidade Administrativa podem ser cumuladas, mas a perda da função pública e suspensão de direitos se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória, podendo a autoridade judiciária competente afastar o agente público do cargo ou função. A aplicação das sanções independe da ocorrência concreta do dano ao patrimônio público, bem como, o Ministério Público pode requisitar a instauração do inquérito policial ou procedimento administrativo, de ofício ou se requerido. (BRASIL, 1992).

Para demonstrar o exposto sobre a Lei de Improbidade Administrativa, cita-se o caso na cidade de Cristalândia, no Estado do Tocantins, no qual o poder executivo da municipalidade foi autorizado pela Lei Municipal nº 449, de 2012, a doar lotes para pessoas carentes e sem condições de moradias. No entanto, o gestor eleito da época destinou 152 lotes para servidores públicos e

outras pessoas de sua afinidade pessoal e política que não eram do perfil do público-alvo do projeto de moradia. (BRASIL, 2021c).

O prefeito foi acusado de ato de improbidade administrativa contra o erário por frustrar o processo licitatório e por ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade, foi então condenado ao ressarcimento ao valor venal de todos os imóveis, considerado o valor compatível ao dano ao erário, além da suspensão dos direitos político, a multa civil e as demais penalidades correspondentes previstas na Lei de Improbidade Administrativa. (BRASIL, 2021c).

No Recurso Especial nº 1922389-TO (2021/0046105-8), de 2021, consta que o ex-prefeito de Cristalândia condenado conquistou o provimento parcial da sua Apelação e afastou as penas de suspensão de direitos políticos de oito anos e a multa civil no valor de cem vezes ao da sua última remuneração recebida quando era o gestor eleito em exercício. Porém, o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu o Recurso Especial. (BRASIL, 2021c).

A Lei de Licitações de Contratos da Administração Pública, Lei 8.666 de 1993, determina que as obras e serviços devem ser executados de forma planejada na totalidade até a sua conclusão, prevendo os custos atual e final considerando o prazo de execução. Por conta deste planejamento, é proibida a paralisação ou abandono da obra ou serviço, sem motivo, salvo duas justificativas concebíveis: a insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, como previsto no art. 8º, parágrafo único.

A Lei nº 14.133 de 2021, sobre o mesmo tema, manteve o cuidado sobre a questão, nela consta que o contrato deve ser cumprido pelas partes e serão responsabilizados pelas consequências da inexecução total ou parcial, proibindo a Administração Pública de atrasar a obra ou serviço, sem justificativa, independente de quem estiver no mandato, cargo ou função do Poder Executivo.

Quando uma obra está paralisada, a Lei orienta que prorrogue o cronograma de execução, e caso perdure por mais de um mês de paralisação, a

Administração deve divulgar publicamente o motivo, o responsável pela inexecução e a data de reinício da execução. (BRASIL, 2021).

Uma obra paralisada ou abandonada, sem justificativa, fere o princípio da moralidade pública, em razão do desperdício de recursos. Outro prejuízo ao administrador eleito em exercício será o impedimento para a contratação de novas obras como prevê o art. 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei nº 101 de 2000. (CEARÁ, 2020).

É imprescindível que a transição de governo, entre os mandatos do gestor que deixa o cargo e do que assume, ocorra de forma responsável e íntegra entre os agentes políticos envolvidos, para que não haja injustiça sobre a imagem da administração de ambos e pela garantia da continuidade do serviço e atendimento do interesse público.

A COLISÃO ENTRE A DISCRICIONARIEDADE E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A administração tem poder discricionário sobre o requisito objeto do ato administrativo, podendo criar, modificar ou comprovar dentro de sua atribuição. O poder discricionário do administrador também pode ser aplicado no requisito motivo, elemento baseado em pressupostos de fato e de direito.

Os elementos discricionários de objetivo e motivo colaboram para a avaliação de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário e a formação do mérito administrativo. A discricionariedade advém da liberdade de escolha ao administrador para alcançar o resultado prático desejado e pela não exigência de pressupostos de fato e direito que justifiquem o ato a ser praticado, porém são pressupostos do motivo que servem ao controle jurisdicional dos atos da administração.

Os requisitos previstos ao ato administrativo também estão presentes nos contratos, outra espécie de atos da administração. O processo licitatório, que culmina na celebração de contrato com a administração pública, define o

objeto do ato de licitar já na sua fase interna, incorporado nos atos preparatórios, como o projeto básico, e a informação do objeto da licitação constará novamente nos atos convocatórios no início da fase externa, a exemplo do edital de licitação.

Para ilustrar, em agosto de 2021, o Município de Joinville publicou o Edital SEI nº 0010196341/2021 na modalidade de concorrência, sob nº 276/2021, para a contratação de empresa de construção da quadra poliesportiva de uma escola municipal. O edital menciona que se rege pela Lei nº 8.666, de 1993 e alterações posteriores, junto com alguns Decretos Municipais; a Lei Complementar nº 123, de 2006; e demais normas federais, estaduais e municipais vigentes com suas respectivas alterações posteriores. (JOINVILLE, 2021).

Ao analisar o conteúdo do referido Edital da Prefeitura Municipal de Joinville, constata-se que o objeto é a contratação de empresa de construção para a quadra poliesportiva da escola municipal. Ou seja, o objeto declarado no referido Edital não é uma empresa, não é uma construção e nem uma quadra poliesportiva, mas sim: a contratação de empresa para construção de quadra poliesportiva da Escola Municipal. (JOINVILLE, 2021).

No processo licitatório, o motivo não estará expressamente presente. Porém, a natureza do ato licitatório requer que a administração seja motivada por pressupostos fáticos, representado pela vontade do administrador e a necessidade do interesse público na realidade, e pressupostos de direito previstos em normas e dispositivos legais que permitam a prática de ato.

Em especial, o motivo é um requisito presente fora do processo licitatório, mas exigido pela realidade observada no cotidiano da coletividade e na legislação que orienta e instrui o processo. Logo, o motivo está nos fatores externos ao agente licitante e ao processo licitatório, são nestes fatores que o motivo do ato será verificado para fins de controle jurisdicional, até mesmo sobre o ato discricionário.

Os atos discricionários são carregados de motivação que merece exposição, a ser apresentado formalmente, discorrendo a situação de direito e de fato que confere legalidade ao ato da administração.

Esta exposição de motivos estará nos documentos técnicos e jurídicos precedentes ao ato da administração, produzidos pela própria administração ou por órgãos especializados. Numa licitação, estes documentos podem subsidiar ou integrar os atos preparatórios, no projeto básico e, quando necessário, no projeto executivo.

Condição que a Lei nº 14.133, de 2021, chamada Lei de Licitações e Contratos Administrativos, definiu como princípio norteador do processo licitatório. Agora, o princípio da motivação se equipara ao princípio da vinculação ao edital.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 2021, determina a suspensão da execução ou a declaração de nulidade do contrato quando o fato for prejudicial ao interesse público avaliado sobre diversos aspectos, entre eles: os impactos econômicos e financeiros; os riscos sociais, ambientais e à segurança da população; a motivação social e ambiental do contrato. (BRASIL, 2021).

Se a motivação estiver especificada em qualquer ato da Administração no curso do processo licitatório, o motivo passa da qualidade de elemento discricionário para o vinculado. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos avançou neste sentido determinando a prévia declaração do motivo nas etapas do processo licitatório, quando não estiver estabelecida na fase preparatória, será exigida em algum momento nas fases subsequentes.

Algumas teorias pretendem limitar o ato discricionário, duas delas são: o desvio de poder ou finalidade, e a teoria dos motivos determinantes. No desvio de poder, o agente público faz uso do seu poder discricionário para agir de forma diversa à lei prefixada, desviando o ato da finalidade do interesse público. (DI PIETRO, 2020; NOHARA, 2020).

O desvio de poder, também conhecido como desvio de finalidade, se configura com o uso indevido do poder discricionário do agente público competente, contrariando as disposições previstas em lei, culminando em ato ou contrato administrativo diverso do previsto e em desacordo com o interesse público. Sendo assim, o desvio de poder ou de finalidade é entendido como um desvio do poder discricionário sobre a finalidade do ato. (MEIRELLES, 2011; MEDAUAR, 2015; CRETELLA JÚNIOR, 2000).

O desvio de poder está definido na Lei de Ação Popular, de 1965, e integrava o tipo criminal de abuso de autoridade pelo ato lesivo contra honra ou patrimônio de pessoa natural ou jurídica até a revogação da Lei nº 4.898, de 1965, sobre o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade, pela Lei nº 13.869, de 2019, sobre os crimes de abuso de autoridade.

A atual Lei de Crimes de Abuso de Autoridades define tais crimes como os cometidos por agente público, inclusive os eleitos para mandato transitório, que no exercício das suas funções abuse do poder que detém em benefício próprio, de terceiro ou em prejuízo de outro por capricho ou satisfação pessoal. O conceito trazido pela lei é compatível com o uso indevido do poder discricionário. (BRASIL, 2019).

No processo licitatório que verificar o desvio de poder que resulte em atraso não justificado da licitação, contrato ou execução e atos de improbidade administrativa, determinam, por exemplo, a retenção de parcelas do acordado nos convênios até o saneamento da irregularidade encontrada. (BRASIL, 1993).

A teoria dos motivos determinantes realça os pressupostos fáticos do motivo, ou seja, as circunstâncias devem ser verdadeiras e possíveis de constatar. Havendo necessidade de apreciação dos motivos, o Poder Judiciário examinará os pressupostos de fato com base nas provas produzidas. (DI PIETRO, 2020; NOHARA, 2020).

Caso a administração faça uso do poder discricionário para produzir um ato com indicação dos motivos, os motivos passam a se vincular ao ato, de modo

que a inexistência ou a falsidade dos pressupostos de fato e de direito implicará na sua nulidade. Ou seja, quando a Administração inclui o motivo entre os requisitos, sem que a lei exija manifestação de motivo ou motivação, o ato será considerado válido apenas se os motivos apontados no ato forem verdadeiros. (DI PIETRO, 2020; NOHARA, 2020).

Como exprime Nohara (2019, p. 55), “se a Administração motivar o ato discricionário, ela se vincula aos motivos indicados, com base na teoria dos motivos determinantes”.

No mesmo sentido, Berwig (2019, p. 213), diz que:

Pela teoria dos motivos determinantes quando os atos administrativos tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos [...] determinam e justificam a realização do ato, devendo haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. A desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade invalida o ato.

Medauar (2015 *apud* BERWIG, 2019) concorda que os motivos apresentados pelo agente se associam à validade do ato, e os vincula, mesmo que não houvesse obrigação para oferecer motivo. Desta forma, a teoria dos motivos determinantes vincula o ato aos motivos servindo ao controle de legalidade e moralidade do ato administrativo, inclusive se produzido no exercício do poder discricionário.

Conforme a Súmula 473 do STF, a administração pode anular seus próprios quando eivados de ilegalidade ou revogar quando julgar conveniente ou oportuno, respeitando os direitos adquiridos e a ressalva da apreciação judicial. Porém, para a revogação do ato por juízo de conveniência ou oportunidade, a justificação deve ser comprovada. (DI PIETRO, 2020; NOHARA, 2020).

Para a revogação dos atos licitatórios, a aplicação da teoria dos motivos determinantes será a única condição possível suficiente para justificar a medida, porque a revogação da licitação depende da veracidade e comprovação do motivo superveniente ao início do processo licitatório. (DI PIETRO, 2020; NOHARA, 2020).

Sobre a revogação da licitação, a Lei das Licitações e Contratos da Administração dispõe no art. 49 que o gestor competente poderá revogar a licitação por razão de interesse público gerado por fato ocorrido no curso do processo licitatório desde que comprovado. (BRASIL, 1993).

O agente público competente poderá, no encerramento do processo licitatório, revogar a licitação em razão do mérito administrativo, por motivo de oportunidade e conveniência, desde que comprove o fato revogador do ato e permitindo a manifestação do contraditório dos interessados. (BRASIL, 2021).

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.733/2009, recomendou ao processo licitatório que sempre se análise os projetos básicos e executivos das obras públicas, mesmo quando submetido a outros órgãos, uma vez que a decisão sobre os critérios de conveniência e oportunidade das propostas nos projetos são destinadas ao interesse público. (TCU, 2010).

Considerando o caráter funcional da Administração Pública que tem sua atuação submetida a lei, faz-se coerente supor que a motivação manifesta de modo expreso é um dever. Seria uma legitimação jurídica do ato da administração e o irrestrito conhecimento de seu motivo. (TEIXEIRA, 2001).

A determinação da motivação do ato de forma expressa asseguraria uma maior reflexão do poder decisório responsável e maior eficiência do controle jurisdicional. Por óbvio, respeitando o poder de decisão do administrador eleito sobre as variáveis envolvidas na decisão que funda o juízo do mérito administrativo, a conveniência e oportunidade para o ato é uma faculdade da Administração Pública em atenção as necessidades dos administrados. (TEIXEIRA, 2001).

Mesmo o ato unilateral da Administração Pública e de prerrogativa do poder discricionário do agente público, incluindo o gestor eleito, claramente, as disposições previstas para a revogação de licitação demonstram que o poder discricionário tem limites definidos no mérito administrativo, conciliando a avaliação de oportunidade e conveniência, e na motivação que merece ser compreendido como elemento vinculado do ato administrativo ou da administração pública, e neste sentido, o processo licitatório já avançou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agente político é uma espécie de agente público que pode ser investido ao cargo por meio de eleição para o exercício de mandato. Entre os cargos aos quais se destina estão os de Chefe do Poder Executivo das entidades federativas, como: Presidência da República, Governos Estaduais, Prefeituras Municipais e do Distrito Federal.

São cargos da alta Administração Pública do Poder Executivo detentores de regimes próprios de responsabilidade sobre as próprias atribuições e sujeitos a processo administrativo distinto das outras categorias de agentes públicos. Dos crimes mais comuns ou conhecidos imputados aos agentes políticos estão o crime de responsabilidade administrativa na espécie produzida por ato de improbidade administrativa.

As características do administrador ou gestor eleito são as mesmas do agente político, como: o acesso ao cargo por eleição; exercício do cargo por mandato de prazo determinado por lei; decisões compatíveis com a disponibilidade de recursos orçamentários e públicos.

É importante ressaltar que o cargo ocupado pelo administrador eleito é exercido com liberdade funcional e segurança no desempenho, por esta razão que se afasta dele a responsabilidade civil que é comum aos agentes públicos, sobre seus atos praticados quando investido no cargo executivo.

Os atos do gestor eleito são de execução com autonomia funcional restrita à competência do cargo, normalmente, vinculados por lei ou norma. No cargo

da Administração Pública não cabe a prática de atos de governo porque estaria eivado de razões políticas e de elevada consistência discricionária.

A Administração Pública é dotada de poderes e limites de atuação. Quando os seus poderes e limites estão previstos em lei, haverá o exercício de atos vinculados. Porém, se de forma expressa ou omissa, em lei ou norma, não se estabelecer limites de atuação, o gestor eleito terá poder discricionário para atuar.

Cabe explicar que a vinculação não é um poder administrativo porque a Administração Pública fica subordinada às disposições legais, diferente de discricionário que é um poder administrativo pois se refere a decisões exclusivas ao cargo da Administração Pública, proporcionando ao administrador maior liberdade de escolha, mas sempre priorizando a melhor opção ao interesse público.

Nos atos da administração, em meio aos elementos vinculados podem existir atos discricionários do administrador eleito, isto é comum nos processos licitatórios para os casos de decisões sem determinações legais, como as escolhas sobre qual aparelho público construir e em que local construir. São decisões do gestor eleito na licitação relativas aos parâmetros de conveniência e oportunidade, exclusivas do Poder Executivo que o Poder Judiciário não pode interferir mesmo com o argumento da proteção do interesse público.

Há dois elementos comuns e discricionários em qualquer ato da administração, são eles: o objeto e o motivo. O objeto reflete a materialização do conteúdo do ato que gera efeito jurídico na sociedade. Por sua vez, o motivo é baseado nos pressupostos de fato e de direito, ou seja, a necessidade de existência do ato tem relação com a realidade fática ou pela determinação legal. Objetivo e motivo são também as balizas do juízo de mérito administrativo, contribuindo com a avaliação de conveniência e oportunidade do ato discricionário. A conveniência está associada ao interesse público por vantagem ou benefício material para a sociedade através do ato, e a oportunidade se refere ao momento mais apropriado ou favorável ao ato, considerando a legalidade e a disponibilidade de recursos.

É preciso recordar que a Administração Pública atua sempre subordinada à lei por força do princípio da legalidade e nos ditames da regra da reserva legal. A legalidade não se aplica apenas ao que está expresso e vinculado, ela deve estar presente também na conduta honesta e conveniente exercida com moralidade e finalidade.

Porém, pela impossibilidade de previsão legal sobre todos os fatos, provocações e abstrações do cotidiano, o poder discricionário serve para flexibilizar as decisões sobre a atuação administrativa em favor das soluções, sem, contudo, afastar a legalidade. Sendo assim, o ato discricionário não é imune ao controle jurisdicional, sobre ele se aplica o princípio da legalidade no sentido amplo na ausência de determinação legal expressa.

Quanto ao processo licitatório, há especial interesse sobre o contrato administrativo, pois ele rege a vontade das partes, entre a Administração Pública e, geralmente, particulares, como resultado de todo o procedimento administrativo formal celebrado no curso do processo licitatório, inclusive a emissão de alguns atos administrativos. Logo, o processo licitatório precede o contrato administrativo.

A licitação é um processo constituído de atos e etapas, construído para atender ao interesse público de forma vantajosa e conveniente e, ao mesmo tempo, sem ofender os princípios fundamentais da Administração Pública e os seus princípios específicos previstos nas leis que regem o processo.

O processo licitatório é típico e compulsório para as contratações da Administração Pública, como o seu objetivo envolve o interesse público, tudo que resultar do processo é destinado a sociedade. Por isso, quando se menciona a realização de uma obra, ela será definida como obra pública.

Pode-se conceituar obra pública, a partir da interpretação da Lei de Licitações e Contratos, como todo o produto fruto da arquitetura e engenharia que modifica o meio ambiente através de ações coordenadas, promovendo inovações no local de execução em proveito do interesse público.

Como elemento de discricionariedade, o objeto sempre estará presente nos atos principais que integram o processo licitatório por uma questão essencial, o objeto é o núcleo sobre o qual se fundamenta o conteúdo. O objeto

pode ser discricionário por escolha, mas deve estar presente em todos os atos da administração, sem ele o ato não existe.

O mesmo não acontece com outro elemento discricionário dos atos da administração, o motivo. A existência deste depende de circunstâncias fáticas que exigem a prática do ato e as disposições legais que permitem a realização dele. O motivo é um elemento do ato baseado nos fatos e no direito. Motivo não se confunde com a finalidade do ato que é aquilo que se pretende alcançar com resultado eficiente ao interesse público.

O motivo não é um elemento de declaração compulsória na maioria dos atos da Administração Pública, inclusive são raros os momentos de manifestação, por isso, a sua existência é de difícil identificação, apesar de sempre existir não expressamente.

Tudo porque a sua existência depende de fatores externos ao administrador eleito e, por consequência, externo ao próprio ato administrativo, seus fatores residem na lei que rege o ato, como pressuposto de direito, e na realidade empírica que determina o ato, pressuposto de fato.

No entanto, a verificação do motivo do ato é possível e considerada simples, bastando a observação sobre as circunstâncias predominantes no ambiente e a correspondente determinação legal pertinente.

Se nesta análise, o ato da administração apresentar inexistência de motivo, ele estará passível de nulidade por ausência de materialidade ou ofensa a legalidade pela falta dos fundamentos de fato e de direito. O artifício vem em benefício da legalidade, pois permite a ciência e o controle de legitimidade do motivo do ato.

No processo licitatório, a manifestação do motivo não era exigida, no entanto, havia a reunião de motivos que formava a motivação do ato da administração, e constava na parte da justificativa dos atos de um processo licitatório, como também poderá constar no parecer, laudo, relatório ou outros documentos de subsídio.

Mas, atualmente, a referência do motivo no processo licitatório é compulsória, com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos, de 2021, a motivação foi elevada a qualidade de princípio da licitação e dos contratos

administrativos. No recente diploma, o elemento motivo é mencionado, de forma explícita e implícita, em vários artigos.

Todo o atendimento público prestado pela Administração pública deve ser, sempre que possível, contínuo ou, no mínimo, sem interrupções frequentes e longas, para evitar transtornos à rotina social e prejuízos aos administrados. Para isto, o gestor eleito no exercício do cargo se serve dos poderes administrativos durante o seu mandato.

Na transição de governo, para garantia da continuidade do atendimento público, costuma-se estabelecer algumas regras de transmissão do cargo do gestor eleito em exercício para o gestor eleito do próximo mandato. Alguns entes federativos já formalizaram estas regras de transição de governo dos poderes executivos em forma de leis ou regulamentos.

Os Tribunais de Contas recomendam, como forma de boa prática de governança pública, uma transição de governo cuidadosa com a entrega e o pleno conhecimento sobre diversos assuntos, inclusive os relacionados aos contratos e licitações. Com destaque a situação das obras públicas paralisadas ou inacabadas.

A paralisação de obra pública é uma forma de descontinuidade de atendimento por desprezo com o interesse público, pois a licitação teve motivação ao interesse da coletividade e na legitimidade de vontade do administrador. Da mesma forma, não se admite a descontinuidade de uma obra pública em razão da transição do governo e a substituição do gestor eleito.

Já há decisão do Supremo Tribunal Federal, pelas Súmulas 346 e 473, que o poder-dever para anular ou revogar os próprios atos, sob o princípio da autotutela, somente se aplica aos atos editados com conteúdo contrário ao ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o abandono da obra pública pode caracterizar ato de improbidade administrativa, devido à: responsabilidade objetiva do gestor, lesão ao erário, perda patrimonial e o atentado aos princípios da Administração Pública.

A paralisação ou o abandono da obra pública será legítima pela aplicação do poder discricionário somente se existir pressupostos fáticos do motivo, deve

haver a realidade de fato e que seja possível de constatação capaz de servir de prova. Caso a realidade não justifique ou não corresponda com o motivo do ato discricionário, o ato será considerado inválido, desta forma se aplica a teoria dos motivos determinantes.

Praticamente, o motivo do ato justificado com base na realidade de fato é capaz de transformar o motivo em um elemento vinculado ao ato da administração.

Quanto aos atos do processo licitatório, a teoria dos motivos determinantes pode revogar a licitação se as provas dos pressupostos de direitos ou de fatos comprovarem que o motivo para a revogação é posterior ao início do processo licitatório, e por forte apelo ao interesse público.

Porém, a paralisação ou o abandono da obra pública pelo gestor eleito em exercício traz prejuízo ao erário e considerada uma ofensa aos princípios da Administração Pública em respeito: ao interesse público, à continuidade ininterrupta, à moralidade e à legalidade no sentido amplo. Salvo, se a paralisação ou abandono ocorrer por motivo fático constatável na realidade das circunstâncias presentes, no intuito de evitar prejuízo maior para a Administração e para a população.

A decisão sobre a paralisação ou abandono da obra será submetida ao controle jurisdicional promovido pelo Poder Judiciário que julgará o ato com base na legalidade e no motivo com a aplicação da teoria dos motivos determinantes.

No entanto, o judiciário deve respeitar o limite determinado pelo juízo de mérito administrativo que pertence a Administração Pública quanto a análise de conveniência e oportunidade.

Desta forma, o poder discricionário do administrador eleito encontra limites, principalmente, na legalidade do ato e nos motivos de fato. O ato discricionário deve obedecer ao disposto de forma genérica e abstrata no ordenamento jurídico, e ser compatível com a realidade de fato imposta. Se ofender estas condições o ato estará sujeito a anulação, no primeiro, por ilegalidade e, no segundo, por inexistência material ou falsidade de fato, no mínimo, consideradas improbidades administrativas por violação de princípios.

Para a paralisação e abandono de obras públicas, segundo as jurisprudências e doutrinas, o controle jurisdicional não admite do gestor eleito em exercício os argumentos de simples discordância por mudança de decisão ao ato promovido pelo gestor do mandato anterior. Bem como, a alegação do uso do princípio da autotutela porque este é aplicável apenas aos atos contrários ao ordenamento jurídico.

A justificativa mais comum de abandono e paralisação de obra pública é a invocação do princípio ou da cláusula da reserva do possível, por falta de recursos orçamentários para a conclusão da obra. Por circunstâncias presentes no caso concreto, o princípio da reserva do possível não é admitido no controle jurisdicional, em consideração aos direitos fundamentais, a responsabilidade objetiva do Estado e a possibilidade de alocações de recursos orçamentários.

Por se tratar de um processo planejado, é vedada a paralisação ou abandono imotivado da obra licitada, os únicos motivos cabíveis são a insuficiência financeira ou de ordem técnica, sendo que ambos dependem de comprovação.

Percebe-se que o poder discricionário do gestor eleito tem limites definidos na sua avaliação sobre o mérito administrativo, conciliando os requisitos de oportunidade e conveniência, e no motivo que merece ser compreendido como elemento sempre presente e, apesar de discricionário, carrega características de vinculado no ato da Administração Pública, sujeito ao controle jurisdicional com o emprego da teoria dos motivos determinantes.

Neste sentido, a lei que trata do processo licitatório e contratos administrativos evoluiu para proteger o interesse público das decisões arbitrárias disfarçadas de discricionariedades.

REFERÊNCIAS

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Porto Alegre: Unijuí, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 mar.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. [(CNJ, 2019)]. **Obras paralisadas**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/diagnostico-sobre-obras-paradas/> Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

BRASIL. **Lei nº 3.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869compilado.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Presidência da República. [(BRASIL, 2021a)]. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília/DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria do Governo. Portal Federativo. [(BRASIL, 2021b)] **Plano de governo para 4 anos**. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariadegoverno/pt-br/portalfederativo/guiainicio/prefeito/conteudos-importantes/plano-de-governo-para-4-anos>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [(BRASIL, 2021c)]. **REsp 1922389 (2021/0046105-8 - 02/03/2021)**. Assunto(s): Direito administrativo e outras matérias de direito público, atos administrativos, improbidade administrativa, violação aos princípios administrativos. [...] Ementa: 1. Apelação. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Ex-gestor de Cristalândia. Preliminar. Aplicação de penalidades contidas na lei de improbidade por intermédio da ação civil pública. Possibilidade. Inépcia da inicial rejeitada. 1. [...] 1.2 Rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial, quando o Ministério Público Estadual descreve os fatos da causa (doações irregulares de lotes urbanos em desconformidade com a Lei Municipal), aponta os supostos atos de improbidade praticados pelo agente (atos que importam em enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública), relacionando as possíveis sanções a que estaria sujeita e requerido a aplicação, pelo Juízo, das penalidades cabíveis no caso concreto. [...]. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gurgel de Faria, 19 fev. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202100461058. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Turma 1). [(BRASIL, 2021d)]. **RE 1293740 AgR**. Ementa: Agravo interno. Recurso extraordinário. Decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência do STF. Tema 220 da repercussão geral. Reapreciação de provas. Inadmissibilidade. Súmula 279 do STF. 1. A decisão recorrida encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta CORTE, firmada no julgamento do RE 592.581-RG Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Tema 220), no sentido de que: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.” 2. A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) 3. Agravo Interno a que se nega provimento. Relator: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Julgado em 17 fev. 2021, Processo Eletrônico Dje-033, divulgado em: 22 fev. 2021, publicado em: 23 fev.

2021. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440730/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [(BRASIL, 2021e)]. **ADI 1.183**. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 20; 39, ii; 48 da lei 8.935/94. Oficiais registradores e notários. Indicação de substitutos. Continuidade do serviço. Concurso público. Compatibilização. Aposentadoria compulsória. Cartórios oficializados. Regime jurídico. Ação conhecida e julgada parcialmente procedente. [...]. 3. Porém, a Lei n.º 8.935/94, no artigo ora discutido (art. 20, caput), ao não estipular prazo máximo para a substituição, pode, de fato, passar a falsa impressão de que o preposto poderia assumir o serviço por tempo indefinido, em longas ausências do titular ou mesmo na falta de um titular, por conta e risco seus, aí, sim, violando a exigência de concurso público para a investidura na função (que deve ser aberto, no máximo, 6 meses após a vacância, conforme art. 236, §3º da CF). 4. [...]. 7. A eventual aplicação abusiva do dispositivo legal deve se resolver pelos meios ordinários de fiscalização e controle da Administração Pública, não por controle abstrato de constitucionalidade. 8. Ação conhecida e julgada parcialmente procedente, apenas para dar interpretação conforme ao art. 20 da Lei n.º 8.935/94. Relator: Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2021, Processo Eletrônico DJe-118, divulgado em: 18 jun. 2021, publicado em: 21 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449086/false>. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. [(TCU, 2010)]. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. ed. 4. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. [(TCU, 2019)]. **Auditoria operacional sobre obras paralisadas dados da deliberação**. Acórdão nº 1.079/2019. Data de sessão: 15 maio 2019. Relator: Ministro Vital do Rêgo. TC: 011.196/2018-1, Unidade Técnica Responsável: SeinfraUrbana. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. [(BRASIL, 2021f)]. Justiça do Trabalho. **Greve dos correios**: trabalhadores devem manter 70% das atividades. Publicado em: 18 ago. 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/greve-dos-correios-trabalhadores-devem-mantener-70%25-das-atividades>. Acesso em: 25 ago. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **Principais aspectos e recomendações alusivas ao último ano de mandato e às transições de governos municipais**. Fortaleza: TCE-CE, 2020.

CLEVER, Vasconcelos; SILVA, Marco Antonio da. **Direito eleitoral**. ed. 2. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José, **Curso de direito administrativo**. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. ed. 33. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. [FGV; OAB, 2019] XXX Exame de Ordem Unificado, prova prático-profissional aplicada em 01/12/2019. **Padrão de resposta** – peça profissional, área: direito administrativo. Rio de Janeiro: FGV Conhecimento, 2019. Disponível em:

https://oab.fgv.br/arq/633/423690_GABARITO%20JUSTIFICADO%20-%20DIREITO%20ADMINISTRATIVO.pdf. Acesso em: 02 ago. 2021.

JOINVILLE. Câmara de Vereadores de. **Lei orgânica do município de Joinville/SC**. Joinville, 2 de abril de 1990. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-joinville-sc>. Acesso em: 09 set. 2021.

JOINVILLE. Prefeitura Municipal de. **Edital SEI nº 0010196341/2021**. SAP.UPR Joinville, 20 de agosto de 2021. Concorrência nº 276/2021. Contratação de empresa para construção de quadra poliesportiva da E.M. Thereza Mazzolli Hreisemnou. Disponível em: https://wwwold.joinville.sc.gov.br/editalpublico/consulta/cod_edital/3153/secretaria/11. Acesso em: 28 ago. 2021.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. **Limites à revogação do ato administrativo**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Thompson_Flores.html> Acesso em: 28 ago. 2021.

LUZ, Valdemar Pereira da. **Dicionário jurídico**. ed. 3. Barueri: Manole, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. ed. 21. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito administrativo brasileiro**. ed. 37. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. ed. 9. São Paulo: Atlas, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

TEIXEIRA, Larissa Solek. **O dever de motivação expressa do ato administrativo discricionário**. 2001. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

Eron Vinicius Amorim

Bacharel em Direito pela Faculdade Guilherme Guimbala – Associação Catarinense de Ensino (ACE). Joinville, SC, Brasil. E-mail: eron.vinicius@gmail.com

Recebido em 19 de novembro de 2021.

Aceito em 1 de junho de 2022.