

## RECOMENDAR OU DETERMINAR???

É comum vermos os tribunais de contas dirigindo recomendações aos órgãos/entidades públicos para que observem esta ou aquela legislação. Há recomendações de todo gênero: para que não realizem despesas sem prévio empenho; para que realizem concursos públicos; para que não incorram em fracionamentos de despesa, etc.

Refletindo sobre esse procedimento, vejo que precisamos evoluir nesse terreno.

Nos quinze anos que passei no Tribunal de Contas da União sempre aprendi que recomendações e determinações não se confundem. São institutos distintos. Aliás, muito distintos!. A começar pelas definições de um e de outro institutos nos dicionários.

Os dicionaristas costumam definir o termo **recomendar** como sinônimo de “aconselhamento” ou, ainda, “encarregar (alguém) insistentemente para que cumpra uma tarefa ou atividade”.

Bastam estas duas exemplificações para concluirmos que o termo (recomendar) carrega consigo um forte conteúdo de **voluntariedade**. Em outras palavras, quem recebe uma recomendação **poderá ou não acatá-la** visto que se trata apenas de um aconselhamento, isto é, algo sujeito à esfera da discricionariedade de seu destinatário. Nesse caso, o não acatamento do que foi recomendado **não poderá ser censurado por quem proferiu a recomendação** uma vez que seu destinatário optou (legitimamente) por uma das duas únicas soluções postas à sua disposição, qual seja, a de não acatar o que foi a ele recomendado. Afinal de contas, trata-se tão-somente de uma *recomendação*. Nada mais.

O mesmo não podemos afirmar das **determinações**.

Ao contrário das recomendações, elas encerram um conteúdo genuinamente **imperativo**. Não haveria saída para seus destinatários: apenas cumpri-las e pronto. Eventual descumprimento conduziria a alguma crítica, penalidade, restrição ou coisa do gênero. A omissão (ou ação) estaria sujeita, portanto, a reprimendas.

Quando transporto essa concepção para o universo de atuação dos tribunais de contas, a distinção ganha singular importância. Aqui, as consequências jurídicas merecem uma maior reflexão.

Recomendações encerram **conselhos dirigidos à omissão da gestão, possui um caráter menos obrigatório, na qual, a Administração poderá se valer de juízo de conveniência e oportunidade na aplicação das condutas recomendadas** diz acertadamente a Consultoria Zênite ao analisar um questionamento vazado nos seguintes termos: *qual a diferença prática e também teórica entre as determinações e as recomendações expedidas pelo Tribunal de Contas da União?* (Ano XVI, n. 179, Janeiro 2009).

É preciso ter em mente que as recomendações estão relacionadas à adoção de critérios de **conveniência e oportunidade** por parte dos administradores públicos. Ou seja, as recomendações devem ser formuladas (pelos tribunais de contas) sempre que o ato de gestão avaliado tratar-se de atos *discricionários*. Talvez alguns exemplos sejam mais claros:

**Situação 1:** o tribunal de contas vai a campo e ao analisar os atos de gestão de seus jurisdicionados conclui que seria bastante oportuno que um determinado órgão ou entidade adotasse um planejamento estratégico, pois isso certamente poderia coibir a proliferação de certas e determinadas irregularidades. Como tudo se resolve no plano das possibilidades (a adoção do planejamento estratégico poderá ajudar não sendo certo, contudo, que isso de fato irá acontecer) a recomendação seria a ferramenta mais legítima a ser dirigida ao jurisdicionado, nestes termos: recomendar ao órgão/entidade “X” que avalie a possibilidade de adoção do planejamento estratégico como ferramenta de gestão.

Nessa situação específica, a adoção da recomendação ao invés de uma determinação também decorre do fato de o planejamento estratégico não está definido na legislação como de adoção compulsória pelos administradores públicos. Ele é apenas mais uma ferramenta de gestão posto à disposição do setor público para alcançar os seus objetivos, melhorar a prestação dos serviços públicos, e assim por diante. É evidente que se houver uma legislação prevendo, de forma imperativa, que os gestores adotem o planejamento estratégico como instrumento de gestão, então, na hipótese dada, não haverá espaço para uma recomendação, mas para uma determinação.

**Situação 2:** outro bom exemplo é quando um tribunal de contas recomenda a aprovação/desaprovação das contas do governador.

Todos sabem que são os legislativos estaduais que possuem competência para julgarem as contas apresentadas pelo governador. Em sua análise, certamente que as assembleias legislativas levarão em consideração as observações oferecidas pelo tribunal de contas respectivo. Tais observações, todavia, não possuem natureza imperativa, mas opinativa. Conquanto emanem de um organismo especializado, não possuem natureza determinativa. Por isso situam-se no plano das recomendações.

Já deu pra perceber que diante das recomendações o gestor público possui uma grande margem de escolha. A recomendação mostra-se apenas como um indicativo, uma sugestão de direção a ser tomada. Nada mais. Caberá ao cada administrador tomar a sua própria decisão, acatando ou não a recomendação proposta.

Isso não se dá com as determinações. Conforme outrora dito, sua natureza é determinativa. Seu destinatário não terá qualquer condição de optar. Ou cumpre, ou cumpre. Vejamos duas hipóteses que ilustram muito bem esse contexto:

**Hipótese 1:** o tribunal vai a campo e constata que um órgão costuma adotar tomadas de preços no lugar de suas concorrências. Ora, sabemos que essa conduta é vedada pela lei de licitações e contratos uma vez que ela

restringe o caráter competitivo do certame. Nesta hipótese o ato é vinculado. Não há margem para discricionariedade. Havendo viabilidade de competição e se não for caso de dispensa de licitação, o gestor deverá realizar adotando a modalidade da concorrência (desde que, obviamente, o valor do objeto licitado se situe dentro da faixa autorizativa dessa modalidade licitatória).

**Hipótese 2:** o tribunal vai a campo e constata que um determinado órgão/entidade não realiza o inventário anual de seus bens. Também aqui se trata de um imperativo legal. Todo gestor público, ao final de cada exercício, deve fazer o levantamento de seus bens. Como na situação anterior, não há margem de opção por parte do gestor. Ele terá que realizar o inventário de seus bens.

Nas hipóteses dadas, não há como o tribunal recomendar que o gestor público adote a modalidade da concorrência e/ou proceda ao inventário de seus bens. Do contrário, é como se admitíssemos também que o administrador pudesse optar por não realizar qualquer dos procedimentos. Muito pelo contrário. Ele terá que cumprir os dispositivos legais e ponto final. Em razão disso, o tribunal terá de determinar que os cumpra.

Em certa ocasião, na qual eu abordava o tema em sala de aula, alguém retrucou afirmando que o tribunal não poderia determinar porque a determinação, em sua opinião, seria uma ingerência nos atos de gestão do administrado. Na verdade, não há qualquer ingerência. Ela é apenas aparente. Vejamos.

O tribunal determina porque antes dele uma norma jurídica (lei, regulamento, decisão judicial) assim já determinara. Mas o gestor faltoso teimou em não seguir a orientação normativa. A determinação do tribunal, em tais situações, apenas ressalta algo que o comando legal, regulamentar ou jurisprudencial já havia ressaltado. A determinação da corte de contas não é originária, mas deriva do ordenamento jurídico. Seu fundamento de validade é o arcabouço legal/regulamentar/jurisprudencial.

Em suma, poderíamos adotar a seguinte regra: todas as vezes em que a conduta do gestor não se constituir num ato vinculado, é cabível a recomendação. Do contrário, a determinação deverá ser adotada.

**ALIPIO REIS FIRMO FILHO**  
**Conselheiro Substituto/TCE-AM**