



MANUELA SOBRAL MARTINS E ROCHA

**LIMITES À DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA**

**BRASÍLIA - DF
2011**

MANUELA SOBRAL MARTINS E ROCHA

**LIMITES À DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto de Direito Público – IDP.

Orientador: Fabio Sobral Martins e Rocha

**BRASÍLIA – DF
2011**

MANUELA SOBRAL MARTINS E ROCHA

LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __ / __ / _____ ,
com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Na elaboração do presente trabalho será demonstrado o poder discricionário da Administração Pública, bem como os seus parâmetros e determinadas formas de controle. No que tange ao aspecto legal, não há uma forma predeterminada para a discricionariedade administrativa e, tampouco um conceito legal para o ato administrativo. Assim o poder discricionário é a liberdade conferida pelo legislador ao administrador para atuar de acordo com o seu livre arbítrio, limitado pelos princípios gerais de direito, bem como pela Constituição Federal, na busca pela finalidade pública. Entretanto, em decorrência dessa liberdade, vezes há em que o agente da Administração incorre em vícios, por desvio de finalidade ou de poder, que deverão ser limitados, pelo próprio Poder Público, por meio do controle administrativo, como também pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Dessa forma, objetivando impedir que a discricionariedade administrativa venha a se tornar objeto de titularidade do agente da Administração, o Poder Público tratou de limitar o poder discricionário da Administração Pública.

Palavras-Chaves: Administração Pública; poder discricionário; parâmetros da discricionariedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
2 JUSTIFICATIVA DO PODER DISCRICIONÁRIO	11
3 PARÂMETROS DA DISCRICIONARIEDADE	18
4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
4.1 Classificação	26
4.2 Controle administrativo	27
4.3 Controle legislativo	35
4.4 Controle pelo tribunal de contas	38
4.5 Controle jurisdicional	40
4.5.1 Meios de controle judicial	47
4.5.2 Jurisprudência	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a um breve estudo acerca dos limites do poder discricionário da Administração Pública. O tema em questão possui grande relevância, pois o Poder Público possui ampla liberdade administrativa em determinadas situações. Nas hipóteses em que o legislador deixa margens à discricionariedade, há, na verdade, uma certa esfera de liberdade à atuação do agente da Administração.

Ao falar-se em poder discricionário da Administração Pública, fala-se no poder do administrador em preencher, com seu juízo subjetivo e pessoal, o campo de indeterminação normativa, com a finalidade de resolver o caso em concreto.

A discricionariedade da Administração decorre da impossibilidade fática imputada ao legislador em prever todas as situações fáticas possíveis de ocorrer no mundo empírico. Por essa razão, determinou-se que em dadas situações, às quais não foram previstas legalmente, o agente da Administração possui ampla liberdade de agir, de acordo com a finalidade pública e o interesse da coletividade.

Ocorre que tal poder discricionário da Administração Pública não é ilimitado. Apesar de seus limites não se encontrarem positivados, é unânime o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que os limites da discricionariedade administrativa se encontram no âmbito do interesse público visado.

O ponto de relevância, então, se encontra nos limites da discricionariedade da Administração Pública. Para tanto, é necessário, primeiro, entender que o direito administrativo, como um ramo de direito público, é dotado de um regime jurídico único, voltado à coletividade pública.

Nesse contexto, para a proteção do interesse público, o legislador buscou estabelecer o poder discricionário do administrador, sem, tampouco, limitá-lo, tal como o fez com relação ao poder vinculado. Sendo, portanto, o objetivo do presente trabalho a realização de breves estudos acerca dos motivos que ensejam os limites e justificativas do poder discricionário administrativo.

1 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para o desempenho de suas funções no organismo estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram a posição de supremacia sobre o particular, sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. E, um desses poderes é o poder discricionário, segundo o qual a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

A justificativa do poder discricionário é ampla e, no caso, a doutrina possui definições divergentes. Sob o critério jurídico, utiliza-se a teoria da formação do direito por degraus, de Kelsen, isto é, considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade e, esta existe para tornar possível esse acréscimo.¹

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo, que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas.²

Nesse contexto, a fonte da discricionariedade é a própria lei, uma vez que só há que se falar em discricionariedade da Administração Pública nos espaços deixados pela lei, onde a atuação livre do agente da Administração será legítima. Isto é, quando a lei expressamente confere à Administração a possibilidade de exercer o poder discricionário; quando a lei é omissa ou quando a lei prevê uma determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser aplicada.

Tem-se então que a discricionariedade administrativa pode ocorrer de variadas formas. Se a lei nada estabelece a respeito, a Administração estabelece o momento que lhe parece ser o mais adequado para atingir a consecução de determinado fim.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

² Idem. *Ibidem*, p. 177.

A discricionariedade pode ainda ser tão somente uma escolha entre o agir e o não agir. Diante de uma determinada situação, pode a lei determinar uma certa maneira de agir, quando a atuação do Poder Público será vinculada. No entanto, se a Administração tem a possibilidade de escolher entre atuar ou não, diz-se que a sua atuação é discricionária.

Diferentemente, no entanto, é a atuação vinculada da Administração, casos em que a lei prevê a existência de determinadas circunstâncias, diante das quais a conduta do agente público é disciplinada previamente. Por meio de critérios objetivos, o legislador procurou estabelecer qual o comportamento único que o administrador deverá adotar, sem qualquer margem de liberdade.

Já os discricionários são os atos em que o administrador tem opções indiferentes, pois se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal. Ocorre a discricionariedade somente diante de conceitos plurissignificativos, pois a Administração, a priori, estaria diante de mais uma possibilidade.³

Lúcia Valle Figueiredo ressalta quem nem sempre a discricionariedade poderá ser extraída da norma geral, pois haverá hipóteses em que a norma estabelece “poderá”, quando na verdade o “poderá” converte-se em “deverá”.⁴

Para a Autora a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro do critério de razoabilidade e afastado de suas próprias ideologias, qual a melhor maneira de postular a utilidade pública postulada pela norma.⁵

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] casos há, embora excepcionais, em que a regra de direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, frequentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como ‘situação urgente’, ‘notável saber’, estado

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 164.

⁴ Idem. *Ibidem*, p. 172

⁵ Idem. *Ibidem*.

de pobreza', 'ordem pública' (portanto, suscetíveis de interpretações ou intelecções variadas) ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador. Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz 'pode', ao invés de 'deve'), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicada [...]⁶

O ato discricionário é aquele que está sujeito à interferência de um juízo subjetivo da autoridade administrativa no que pertine ao reconhecimento ou não da situação fática contemplada na norma, à agir ou não agir, à escolha do momento adequado para a prática do ato, à forma pela qual praticará o ato, ou à qual será a medida tida por idônea para atender à situação de fato.⁷

Tal margem de liberdade decorre da impossibilidade de se estabelecer um comportamento único em lei, com base em critérios objetivos, o qual pudesse atender o interesse público tutelado de forma ideal, diante da variedade de possíveis soluções existentes, em razão da diversidade das variáveis componentes da realidade. Nestes casos o que existe é uma impossibilidade material de previsão de todas as situações concretas; no entanto isto não autoriza o administrador a adotar a solução que simplesmente reputar ser a mais adequada.⁸

A discricionariedade significa que existem soluções perfeitas, porém distintas, para as diversas hipóteses de incidência da norma, a fim de atender à finalidade da lei, e não que existe apenas uma solução rígida para todos os casos nela contemplados, visto que a previsão de vinculação abstrata poderia vir a ensejar a prática de atos administrativos contrários aos próprios interesses públicos nela contemplados.⁹

Mello ensina que a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17.

⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 93-94.

⁸ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 37.

própria de cada situação, com o fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato.¹⁰

Entretanto, não é pelo fato de estar a Administração diante de conceitos plurissignificativos ou indeterminados que terá possibilidade de escolha, uma vez que o conceito deverá ser interpretado para então ser aplicado.¹¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ministra que

O motivo e o objeto caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei. É por essa razão que a definição legal do interesse público deverá sempre existir em qualquer manifestação de vontade administrativa, seja no ato administrativo, seja no contrato ou seja no ato administrativo complexo, como um elemento juridicamente vinculado: a finalidade. [...] se a finalidade é sempre vinculada, tanto o motivo quanto o objeto encontrarão os seus limites na finalidade. Em outros termos: a discricionariedade não pode ser exercida contra a finalidade nem mesmo sem ela, mas, apenas, em favor dela.¹²

Nesse ínterim, a discricionariedade é a aptidão atribuída ao Poder Público, no exercício de suas funções administrativas, de forma a possibilitar a integração da vontade da lei durante a execução de seu conteúdo diante de determinada situação, constituindo-se em verdadeiro poder vinculado ao atendimento da finalidade pública que dita a sua existência.¹³

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 812.

¹¹ FIGUEIREDO. Ob. cit., p. 165.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.

¹³ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

2 JUSTIFICATIVA DO PODER DISCRICIONÁRIO

No Estado de Direito a Administração Pública possui a sua atuação vinculada, isto é, só pode agir em obediência à lei, visando ao fiel cumprimento das finalidades públicas, assinadas na ordenação normativa.¹⁴ Enquanto no direito privado pode-se fazer tudo o que não é proibido, no ramo do direito público, especificamente na atividade administrativa, só se pode fazer aquilo que é permitido por lei.

Com efeito, para a Administração Pública, o princípio da legalidade encontra respaldo nos artigos 5º, II e 37 da Constituição Federal:

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]¹⁵

Nesse ínterim, o administrador deve, primeiramente, buscar atuar de acordo com a lei, conforme leciona o princípio da legalidade, previsto no art. 5º da Constituição Federal. Assim, o administrador só pode agir em obediência à lei, tendo em vista o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa.¹⁶

A Lei Magna determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E, ainda, determina também que toda a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade.

Dessa forma, a lei procura regular as situações, de modo que não resta para o administrador margem alguma de liberdade. Mello leciona que:

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 890.

¹⁵ Idem, Ibidem, p. 891.

¹⁶ Idem. Ibidem, p. 950.

[...] não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. [...] diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.¹⁷

A autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica. Nesse caso, o ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção.¹⁸

Segundo Odete Medauar, se houver uma só solução, como consequência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado.¹⁹

Se, entretanto, a Administração tivesse que se circunscrever a regras minuciosas toda vez que fosse pronunciar-se, de modo que a sua atuação restasse sempre vinculada, ponto por ponto, estaria implantado o mais pernicioso dos automatismos.²⁰ Com efeito, haveria constante desajuste entre o fato no mundo e o ato administrativo.

Na contraposição poder vinculado – poder discricionário, o primeiro corresponderia às matérias de reserva legal absoluta, ao passo que o segundo à matérias de reserva legal relativa, pois a discricionariedade significa uma liberdade onerosa, sujeita a um vínculo de natureza peculiar.²¹

De acordo com Medauar:

A discricionariedade somente será exercida com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico à determinados órgãos ou autoridades. [...] o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.²²

¹⁷ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 891.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 126

¹⁹ Idem. *Ibidem*.

²⁰ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 220.

²¹ MEDAUAR. Ob. cit., p. 129.

²² MEDAUAR. Ob. cit., p. 129.

Ainda segundo a Autora, deve permanecer, entretanto, a livre apreciação de conveniência e oportunidade das soluções legalmente possíveis. Daí porque a atividade discricionária caracteriza-se como um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. A autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo de atos, para seguir este ou aquele modo de adotar o ato, na esfera da margem livre.²³

No mundo moderno, em que predomina o Estado de Direito ou regime da legalidade, diante das inúmeras situações que se verificam, os agentes da Administração, balizados por normas jurídicas explícitas que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo ou deixando de agir.²⁴ Isto é, poderão haver situações em que a disciplina legal fará remanescer, em proveito e a cargo do administrador, uma certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.²⁵

Ressalta-se que em tais ocasiões a discricionariedade não resulta da ausência de lei, porque nesse caso a lei pretende que seja adotada em caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou.

Em sua essência, o poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis. Tal poder é conferido por normas legais, e deve atender a parâmetros no seu exercício.²⁶

José Cretella Júnior leciona que ao atuar com discricionariedade, os agentes da Administração jogam com livre poder de apreciação para resolver neste ou naquele sentido, condicionados, todavia, pelo princípio da legalidade, círculo maior no qual se locomovem. A autoridade administrativa torna-se juiz absoluto da oportunidade e conveniência, servos incondicionais da legalidade, orientando-se na direção do interesse público.²⁷

²³ Idem. *Ibidem*.

²⁴ CRETELLA JUNIOR. *Ob. cit.*, p. 220.

²⁵ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. *Ob. cit.*, p.952.

²⁶ MEDAUAR. *Ob. cit.*, p. 126.

²⁷ CRETELLA JUNIOR. *Ob. cit.*, p. 220.

Assim, o poder discricionário da Administração Pública é a margem de liberdade conferida ao administrador para optar por um dado comportamento no caso concreto, sempre visando ao interesse público. Ao agente público é dada a oportunidade de escolher qual a oportunidade que melhor se adequa ao caso concreto.

A discricionariedade envolve a autonomia do administrador quanto à sua forma de atuar. Todavia, há que se ponderar que tal autonomia é relativa, pois o agente público não pode agir visando a um fim diferente daquele almejado pela Administração Pública, qual seja, o interesse público.

O agente da Administração, de maneira livre, orienta-se no que diz respeito ao binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também todo o terreno demarcado pela legalidade, atendendo apenas ao elemento fim.²⁸

Destaca-se que a discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade, tampouco arbítrio com discricionário, pois ainda que em sentido técnico ensejam a idéia de liberdade, vale lembrar que a liberdade discricionária é condicional, ao passo que a arbitrariedade enseja uma liberdade ilimitada.²⁹

Cretella Júnior expõe as diferenças entre ambos:

O arbítrio é a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica. É a liberdade do ser irracional, que opera no mundo da força e da violência, onde imperam os apetites e se conhecem por limites apenas as impossibilidades de ordem física ou material. Vence o mais forte.

Chama-se discricção a faculdade de operar dentro de certos limites, poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica.³⁰

Evidentemente, ao atuar com discricionariedade, a autoridade administrativa não poderá extrapolar os regulamentos já previstos e estabelecidos, constringendo os administrados indevidamente, pois o princípio da igualdade não permite discrimenes não compatíveis com as

²⁸ RANZOLIN, Juliano. **O Poder Discricionário Concedido ao Agente Público Frente ao Interesse da Coletividade**. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliano%20Ranzolin.pdf>>. Acesso em: 09 de maio de 2011.

²⁹ CRETELLA JUNIOR. Ob. cit., p. 222.

³⁰ Idem. Ibidem.

situações já discriminadas por lei. Por essa razão, a discricionariedade deve provir da valoração do intérprete dentro dos critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento.³¹

Logo, atuar com discricionariedade significa que o agente público possui liberdade para aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao caso em concreto, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico. O administrador irá, utilizando-se dos princípios gerais de direito, optar pela melhor forma para satisfazer a coletividade, no interesse da Administração.

Pelo princípio da razoabilidade a Administração Pública deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional. O administrador, com a liberdade de adotar a providência mais adequada dentre aquelas cabíveis, não pode transpor os limites estabelecidos em lei. Cabe, então, ao administrador ponderar sobre o que melhor possa atender ao interesse público naquela situação.³²

Para tanto, o agente administrativo deve atuar com um mínimo de razoabilidade na eleição dos critérios de conveniência e oportunidade com vistas à busca do interesse público tutelado pela norma. Dessa forma, a razoabilidade atua como um limite à discricionariedade na valoração dos motivos do ato, de forma que sejam compatíveis com a finalidade pública visada. E, ainda, também atua como limite na escolha do objeto, a fim de que este seja adequado à concretização da finalidade pública almejada.³³

De acordo com o princípio da proporcionalidade, como princípio geral do direito de polícia, a Administração deve criar mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder.³⁴

³¹ FIGUEIREDO. Ob. cit., p. 174.

³² SILVA, Alan de Siqueira. **Princípio da Razoabilidade**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>>. Acesso em: 17 de novembro de 2010.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p.259.

³³ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

³⁴ CANOTILHO. Ob. cit., p. 259.

Por sua vez, pelo princípio da eficiência, a Administração Pública deve sempre visar ao aperfeiçoamento dos serviços e das atividades prestadas, buscando otimizar os resultados e atender ao interesse público com maiores índices de adequação, eficácia e satisfação.³⁵

É certo que variáveis situações fáticas possíveis poderão ocorrer, então, o agente deverá, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada.³⁶

O legislador, por bem, preveniu a figura da discricionariedade porque é óbvio que a ele não seria possível prever todas as situações fáticas possíveis de ocorrer um dia, além do que, se todas as condutas do administrador se encontrassem vinculadas, a atuação da Administração Pública restaria padronizada e invariável.

Nesse sentido, naquelas hipóteses que precisariam ser distinguidas e que não se poderia prever antecipadamente com segurança, seria necessário um poder ou prerrogativa ao administrador, uma vez que a realidade do mundo empírico comporta demais variantes.³⁷

Assim, se a lei, em certos casos, comporta medidas diferentes, significa dizer que o legislador, ao prever a discricionariedade, pretendeu que se dê uma solução para um dado tipo de caso e outra para outra espécie de caso, de modo que seja sempre adotada a saída mais pertinente à finalidade da Administração Pública.

Todavia, há que se destacar que a simples previsão do poder discricionário da Administração Pública não implica na sua aplicabilidade a qualquer caso concreto. Isto é, a discricionariedade não existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois dado o caso concreto, muitas vezes a postura, cabível, a ser adotada pelo administrador, é uma só, haja vista a finalidade pública.

Com efeito o fundamento da previsão da discricionariedade pelo legislador encontra respaldo na impossibilidade material de o legislador prever todas as situações. Por isso a

³⁵ VALOIS. Fernanda. **A Atuação do Princípio da Eficiência.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1099/A-atuacao-do-Principio-da-Eficiencia>>. Acesso em: 17 de abril de 2011.

³⁶ MELLO. **Curso de Direito Administrativo.** Ob. cit., p. 952.

³⁷ Idem. Ibidem, p. 954.

necessidade de recorrer a hipóteses em que o agente público poderá, discricionariamente, eleger pela melhor opção adequada ao caso em concreto.

Dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada.³⁸

A discricionariade procede do deliberado intento legal de conferir à Administração certa liberdade para definir-se no caso concreto, tendo em conta sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes.³⁹

Exposta a significação da discricionariade, tem-se que os próprios elementos justificadores do ato são os limites do poder discricionário da Administração Pública. A finalidade normativa e a causa do ato determinam os limites da discricião, uma vez que a atividade administrativa, em si, nunca deixará de ser vinculada ao interesse público.

³⁸ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p.892.

³⁹ Idem. *Ibidem*, p. 953.

3 PARÂMETROS DA DISCRICIONARIEDADE

Objetivando evitar a discricionarietà ilimitada, a doutrina e a jurisprudência circunscrevem parâmetros, com vistas à direcioná-lo ao atendimento da finalidade pública. Tal vinculação ao interesse público traduz-se como um limite interno à atuação estatal, cujo descumprimento enseja a ilegitimidade do ato e, conseqüentemente, a má-administração.

Com efeito, o primeiro limite à competência discricionária da Administração é a adequada interpretação, vez que à margem de liberdade da autoridade administrativa encontra-se vinculada à finalidade pública e, qualquer atividade que tenha por objetivo outro fim, que não o interesse público, estará viciada.

Afonso Rodrigues Queiró, citado por Figueiredo, aloja a discricionarietà nos conceitos pragmáticos. Para o autor, os conceitos práticos tem limites em si mesmos, haja vista serem denominados conceitos. Logo, têm como limites o dever-ser, isto é, o próprio ser, a realidade empírica.⁴⁰

Como exemplo o Autor expõe:

Se a lei fala em uma falta grave de um funcionário, o conceito de gravidade é limitado por estes dois conceitos teóricos: o de falta e o de funcionário. [...] não se trata de qualquer coisa, de qualquer materialidade que seja uma falta, e se não se tratar também de um funcionário, não será o caso de se falar em gravidade. Só nos limites de uma falta de um funcionário pode o agente competente apreciar e definir [...] a gravidade dessa falta.⁴¹

Após a interpretação, o aplicador deverá valorar qual a melhor maneira de atender à utilidade pública. Entretanto, tal valoração não é livre, vez que ao administrador é vedado preencher o conceito com seus critérios próprios.⁴²

Figueiredo enfatiza também que outros limites à discricionarietà são, necessariamente, a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade.⁴³

⁴⁰ Ob. cit., p. 165.

⁴¹ Idem. Ibidem.

⁴² Idem. Ibidem, p. 172.

⁴³ Ob. cit., p. 174.

Caio Tácito, citado por Medauar, menciona que há limites externos, como a competência e a existência material dos motivos; e limites internos, como o fim legal. Outros autores estrangeiros, por sua vez, referem-se a limites formais, como competência e forma; e limites substanciais, como o grau de interesse público que legitima o uso do poder discricionário.⁴⁴

Nesse contexto, o primeiro parâmetro ao poder discricionário é o princípio da legalidade, uma vez que a Administração Pública somente pode agir em observância da Constituição Federal, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, dos princípios do Direito Administrativo e dos princípios gerais do direito.

Outro limite à discricionariedade administrativa encontra respaldo no tipo de interesse público a ser buscado, isto é, aquele estabelecido pela norma atribuidora de competência, ou pela norma de regulamentação do órgão.⁴⁵ As normas de competência atribuem o poder legal de tomar as medidas atinentes à situação. Necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade.

Não pode a autoridade administrativa, prevalecendo-se da posição que ocupa, inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se a esse aspecto a qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo.⁴⁶

E, ainda, todas as decisões deverão ser fundamentadas, isto é, motivadas incluindo-se aqui, também, as decisões discricionárias, salvo exceções.

Assim, a discricionariedade é uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e de conveniência que possa vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade. Em outros termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado.⁴⁷

⁴⁴ Ob. cit., p. 133.

⁴⁵ Idem. Ibidem.

⁴⁶ Idem. Ibidem.

⁴⁷ MOREIRA NETO. Ob. cit., 46-47.

O ato discricionário é a manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, independente de qualquer lei que lhe dite, previamente, a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, insuscetível de revisão judiciária.⁴⁸

A atuação do Poder Público refere-se aos elementos do ato administrativo, quais sejam, sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. A competência, a finalidade e a forma de um ato realizado pela Administração serão sempre vinculadas. Por outro lado, o motivo e objeto poderão ser vinculados ou discricionários e, é justamente em tais elementos que se encontra o mérito administrativo, resultado do exercício da discricionariedade, tendo por dimensões a oportunidade e a conveniência.⁴⁹

A competência para a realização de um ato diz respeito ao sujeito que vai praticá-lo. Essa competência decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecê-la e, é inderrogável, mas, pode, no entanto, ser objeto de delegação ou avocação. A forma, em sentido restrito, é a exteriorização do ato e, em concepção ampla, abrange também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração. A finalidade, por sua vez, é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Já o objeto é o conteúdo do ato, o efeito jurídico imediato que o ato produz. E, o motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo; pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato, e pressuposto de fato é o conjunto de circunstâncias que levam a Administração a praticar o ato.⁵⁰

O motivo de um ato praticado pela Administração não deve ser confundido pela motivação, pois esta é a exposição dos motivos, dos pressupostos de fato que realmente existiram. De fato, nos atos vinculados, a motivação é obrigatória, pois a Administração tem o poder-dever de demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei. Entretanto, quanto aos atos discricionários, há divergências no entendimento doutrinário, pois há autores que entendem ser a motivação obrigatória somente nos atos vinculados, pelos motivos já explicitados,

⁴⁸ YAMASAKI, Priscila. **Atividades e Atos Administrativos**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57720827/Atividades-e-Atos-Administrativos-FGV-RIO>>. Acesso em: 15 de maio de 2011.

⁴⁹ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁵⁰ DI PIETRO. Ob. cit., p. 174.

como também há autores que expõem que a motivação somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.⁵¹

Considerando o motivo como o pressuposto de fato que antecede a prática do ato, tem-se que ele pode ser discricionário ou vinculado. Será vinculado quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, não dando margens à qualquer apreciação subjetiva. Será, todavia, discricionário quando a lei não definir, deixando a critério da Administração, ou quando a lei definir o motivo utilizando, entretanto, noções vagas, que deixem à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa.⁵²

Logo, é possível concluir que não existe um ato administrativo inteiramente discricionário, haja vista o sujeito, a finalidade e a forma serem sempre vinculados. No ato vinculado, todos os seus elementos vêm definidos em lei; no entanto, no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos em lei e outros não, pois são deixados à decisão da Administração. Por essa razão, o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade, ao passo que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito.

Hely Lopes Meirelles conceitua que o mérito administrativo é a valoração dos motivos e da escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Em tais atos, desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.⁵³

Nos atos vinculados não há que se falar em mérito administrativo porque o agente da Administração não tem faculdade de opção, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam a atividade administrativa. Não há que se falar em mérito porque há tão somente o exercício das imposições legais.

⁵¹ DI PIETRO. Ob. cit., p. 175.

⁵² Idem. Ibidem, p. 179.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.145-146.

Os atos vinculados ou predeterminados se concretizam pela vontade condicionada ou cativa da Administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que preencham, os requisitos fixados pela lei. A Administração não é livre para deliberar sobre a conveniência do ato e nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe observar a ocorrência dos motivos e, com base neles, editar o ato.⁵⁴

Desta maneira, o mérito administrativo é o sentido político, formado pelos aspectos da oportunidade e da conveniência, na busca pelo interesse público, valendo-se, para tanto, da discricionariedade como meio para o exercício desta função administrativa. O limite quanto à oportunidade traduz-se na integração do motivo do ato, o qual deve ser corretamente valorado pela Administração Pública. Já o limite relativo à conveniência significa a integração do objeto do ato. Ressalta-se que o exercício da atividade discricionária fora destes limites importa na nulidade do ato por vício de finalidade.⁵⁵

A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao aspecto de mérito do ato administrativo; tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu poder discricionário.⁵⁶

O mérito administrativo, como um limite ao poder discricionário, compõe-se da oportunidade e da conveniência. A oportunidade é a valoração feita pelo agente da Administração, com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da realidade, entre outros. Os motivos do ato devem existir e serem suficientes para tal, como também devem ser o meio idôneo e adequado ao fim pretendido. Se, por alguma razão, a oportunidade não estiver restrita à observância de tais princípios, diz-se que o ato está viciado, uma vez que é inoportuno para a Administração e, esta poderá invalidá-lo, revogando-o.⁵⁷

Pela incidência do princípio da realidade o motivo do ato deve ser existente, tanto no plano fático como no plano jurídico, pois a sua prática não pode fundar-se no irreal: a lei não

⁵⁴ MEIRELLES. Ob. cit., p. 147.

⁵⁵ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁵⁶ MEDAUAR. Ob. cit., p. 177.

⁵⁷ MEIRELLES. Ob. cit., p. 147.

atribui competência à Administração Pública para instrumentalizar mentiras. Ademais, o motivo do ato também deve ser suficiente para a sua prática, tanto no plano fático como no plano jurídico, vez que este não pode lastrar-se em motivos vagos, incompletos ou duvidosos, não podendo o agente administrativo suplementá-los quando não bastarem à prática do ato.⁵⁸

O motivo do ato também deve ser adequado, tanto no plano fático como no plano jurídico, à natureza jurídica do ato, de acordo com a sua categoria, seja de ato interno, externo, punitivo, ampliativo, etc. Da mesma forma, também deve ser compatível, não com a categoria do ato, mas com o objeto visado, buscando a coerência entre sua causa e efeito. Segundo Moreira Neto “na adequabilidade examina-se a pertinência categorial dos motivos com todo o ato; na compatibilidade, a relação específica dos motivos com o objeto do ato”⁵⁹. Por fim, o motivo do ato também deve guardar uma relação de proporcionalidade diante de seu objeto – entre os fins que busca e os meios que emprega – de forma qualitativa ou quantitativa.⁶⁰

A conveniência, por sua vez, como componente do mérito administrativo, a limitar a discricionariedade, relaciona-se com o objeto do ato, cuja escolha é norteadada pelos princípios da realidade, da finalidade, da eficiência, da razoabilidade, e etc. O objeto do ato deve ser possível e conforme o interesse público a ser buscado, visado. Se não, o ato tornar-se-á inconveniente para a Administração Pública, podendo ensejar a sua invalidação e, conseqüentemente, a revogação do ato.

Obviamente, o objeto deve ser possível e lícito, como também deve ser o meio suficiente para se alcançar o fim almejado pela Administração Pública, qual seja o interesse coletivo. A desconformidade com a finalidade precípua da Administração enseja a hipótese de desvio de poder (ou de finalidade). Vale destacar que, embora o Poder Judiciário não possa apreciar o mérito administrativo e suas dimensões, oportunidade e conveniência, o mesmo não se

⁵⁸ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁵⁹ MOREIRA NETO. Ob. cit., p. 68.

⁶⁰ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

pode dizer das hipóteses em que há desvio de finalidade, uma vez que estas podem sim ser apreciadas pelo Poder Judiciário, no aspecto relativo à legalidade.⁶¹

Nesse sentido, Moreira Neto expõe que:

Não se trata de substituir, voltamos a esclarecer, a escolha da Administração pela escolha do Judiciário; a este Poder não cabe fazer opções administrativas (mérito), mas, sem dúvida, ele tem o dever de não permitir que elas se façam com violação da lei, ainda que indireta. Tampouco se trata de exigir uma única solução ótima possível, do juiz, como também já examinamos, mas de zelar que a solução adotada não seja tão grosseiramente ineficiente que signifique o desprezo do dever de boa administração.⁶²

O poder de controle do Judiciário não significa a substituição das decisões da Administração e, tampouco a usurpação dos poderes da Administração Pública, mas tão somente uma segurança à coletividade, de modo que garante-se que não há violação de poderes ou deveres por parte da Administração Pública.

⁶¹ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁶² MOREIRA NETO. Ob. cit., p. 77.

4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todo o aparelhamento estatal, isto é, os três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, obedecendo ao princípio da legalidade, realiza uma forma de controle, devido ao fato de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de freios e contrapesos, que se reduzem, em verdade, em três tipos de controle, o administrativo, o judicial e o legislativo.⁶³

Assim, o controle a ser realizado pelo Estado pode se dar de forma política ou administrativa. Ao realizar o controle político, o Estado o faz por meio do sistema de freios e contrapesos, buscando a manutenção do equilíbrio entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁶⁴

Já o controle administrativo visa a assegurar a legalidade, a legitimidade e a economicidade das atividades administrativas desenvolvidas por todos os Poderes. É a fiscalização que incide sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o fim de assegurar o alcance do interesse coletivo sem que a liberdade de atuação do Poder Público vulnere direitos dos administrados, ou diretrizes administrativas.⁶⁵

O controle realizado pela própria Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, espontâneo ou provocado, tem em vista o exame dos atos e comportamentos da Administração Pública, no que concerne ao mérito e à legalidade.⁶⁶

Nesse contexto, o controle da Administração Pública pode ser definido como o “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.⁶⁷

⁶³ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁶⁴ Idem. Ibidem.

⁶⁵ CAPANEMA, João Batista Diniz. **Controle Interno e Externo da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.auditoria.mt.gov.br/arquivos/A_67d2945afe5ea9ddd7ff7ec2649aa608CONTROLEINTERNOEEXTERNOADMINISTRACAOPUBLICA-TCU.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

⁶⁶ GASPARINI, Diógenis. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 102.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2008, p. 836.

4.1 Classificação

Com relação ao sujeito que presta o controle realizado pela Administração Pública, pode ser legislativo, administrativo e, ou, judicial. O legislativo é aquele advindo do Poder Legislativo, representante do povo. O controle administrativo é aquele que se origina da própria Administração Pública, no exercício da autotutela. E, o controle judicial é o que decorre da atuação provocada do Poder Judiciário.⁶⁸

Quanto à extensão do controle, poderá ser interno e externo. Interno é aquele exercido no âmbito administrativo interno de determinado poder, ao passo que o controle externo é aquele exercido por um órgão situado em poder diverso de onde partiu o ato controlado.⁶⁹

Quanto à natureza do controle, há o controle de legalidade, e o controle de mérito. No controle de legalidade, verifica-se se o ato administrativo é compatível com o ordenamento jurídico, se o ato é válido. Ressalta-se que tal forma de controle é exercida tanto pela Administração Pública quanto pelo Judiciário e demais órgãos. Já o controle de mérito traduz-se nos conceitos de conveniência e oportunidade, fundamentos do mérito administrativo. Denominada forma de controle só pode ser exercida pela Administração Pública, detentora de legitimidade para aferir se ato administrativo deve ser mantido ou revogado.⁷⁰

No que tange à forma da Administração, o controle pode ser por subordinação ou por vinculação. Quando é exercido dentro dos mesmos graus de hierarquia de uma determinada pessoa jurídica da Administração Pública, diz-se que é controle por subordinação. De outro modo, quando o controle é exercido por pessoa jurídica diversa da qual se originou o ato controlado, falar-se-á controle vinculado.⁷¹

No tocante à oportunidade, o controle da administração pode ser prévio, concomitante ou posterior.⁷² Controle prévio é aquele exercido antes mesmo da prática do ato, com natureza

⁶⁸ DI PIETRO. Ob. Cit., p. 599.

⁶⁹ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 795-796.

⁷⁰ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14 ed. Niterói: Impetus, 2007, p. 553-556.

⁷¹ DIPIETRO. Ob. cit., p. 600.

⁷² DI PIETRO. Ob. cit., p. 600.

preventiva. Concomitante é aquele exercido durante a prática do ato, com natureza preventiva e repressiva. E, controle posterior é aquele exercido após a prática do ato, com natureza repressiva.

Por fim, quanto à iniciativa, o controle pode ser de ofício ou provocado. Será de ofício quando a própria Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, efetuar o controle. E, provocado, quando um terceiro interessado buscar a revisão de determinado ato administrativo.⁷³

4.2 Controle administrativo

É importante relevar que determinada forma de controle é exercida pelo Poder Executivo, em sua função típica e, também, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, em suas funções atípicas.

Dessa forma, o controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pois é um controle de legalidade e de mérito. Sob esses dois aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo a sua finalidade plena que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados.⁷⁴

O controle interno visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos princípios da boa-administração, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas, e decisões no atendimento do interesse público (mérito administrativo),

⁷³ Idem. Ibidem.

⁷⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 333.

a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas.⁷⁵

Segundo Cretella Júnior, consiste na revisão espontânea ou provocada dos atos editados pela própria Administração. Quando se der forma espontânea, denominar-se-á auto-revisão, pois a própria Administração, com base no princípio da autotutela administrativa, o faz. Já a forma provocada ocorre quando a parte interessada, ferida em direito ou interesse, formaliza o reexame do ato, expondo as pretensões e esperando um novo pronunciamento da autoridade administrativa.⁷⁶

A autotutela significa que a Administração Pública pode e deve “anular, corrigir, reformar, revogar seus próprios atos, de forma auto-executória, de ofício, para prover o interesse público e recompor a legalidade”⁷⁷, em seu âmbito interno, sem recorrer a outra autoridade ou Poder. Decorre do princípio da legalidade, uma vez que a Administração Pública está sujeita à lei, cabendo-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.

Determinada espécie de controle encontra-se corroborada pelas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal - STF, a saber:

STF Súmula nº 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.⁷⁸

STF Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁷⁹

Nesse contexto, o controle administrativo deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes. Esse controle é normalmente exercido pelos

⁷⁵ MEDAUAR. Ob. cit., p. 443.

⁷⁶ CRETELLA JUNIOR. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Ob. cit., p. 332.

⁷⁷ DI PIETRO. Ob. cit., p. 66.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0346.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

órgãos superiores sobre os inferiores (controle hierárquico próprio das chefias e corregedorias), com auxílio de órgãos incumbidos do julgamento de recursos (controle hierárquico impróprio) ou ainda de órgãos especializados em determinadas verificações (controle técnico de auditorias, etc), mas integrantes da mesma Administração, pelo que se caracteriza como controle interno, pois que o externo é sempre atribuído a órgão estranho ao Executivo.⁸⁰

Assim, é o controle administrativo a fiscalização e correção que a própria Administração Pública exerce sobre ela mesma, sob aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou por provocação. Tal forma de controle alcança os órgãos da Administração Direta e Indireta, isto é, abrange o controle interno, decorrente do poder de autotutela, e o controle externo. Pelo controle interno a Administração tem a possibilidade de rever seus próprios atos espontaneamente, ou quando provocada. Isto é, interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Já o controle externo decorre do poder de tutela, é exercido nos limites da lei e efetuado por órgãos alheios à Administração.⁸¹

Mello leciona que sobre a Administração Indireta e fundacional incide um duplo controle interno, pois é efetuado por órgãos da própria Administração Indireta, bem como pela Administração Direta. À este último, o autor prefere denominar como controle interno exterior.⁸²

O controle interno efetuar-se-á em todos os níveis do Executivo, pela chefia competente, sem prejuízo dos controles setoriais. Destarte, os Ministérios são legitimados a fiscalizar e revisar os atos praticados pelos órgãos integrantes de sua própria estrutura administrativa (controle interno, por subordinação), bem como os atos praticados pelas pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta vinculadas à sua pasta (controle externo, por vinculação).⁸³

O controle exercido pelos cidadãos também é um limite à discricionariedade administrativa, uma vez que, munidos do direito constitucional de petição, poderão os interessados dirigirem qualquer postulação à apreciação do Poder Público, pois são a todos assegurados,

⁸⁰ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

⁸¹ SILVEIRA, Clariana Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2191>>. Acesso em: 25 de maio de 2011.

⁸² **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 867.

⁸³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1075-1076.

independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.⁸⁴

Qualquer cidadão pode suscitar o controle da Administração, de modo a implicar na sanção do agente que haja incidido no abuso de autoridade. Tal hipótese está prevista na Lei nº 4.898/1965, a qual estabelece que o interessado poderá, mediante petição dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar a respectiva sanção e, ou ao Ministério Público que tiver competência para iniciar processo crime contra a autoridade culpada.⁸⁵

A Lei Federal nº 9.784 de 1999, que trata do processo administrativo também dispõe de uma forma de controle ao prever sobre a consulta pública. Este controle social é exercido basicamente de duas formas: o controle natural é praticado diretamente pelos particulares, ou por suas entidades representativas; já o controle institucional é praticado por entidades criadas com esta finalidade, qual seja, a defesa dos interesses gerais da coletividade, tal como ocorre com o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Institutos de Defesa do Consumidor, as ouvidorias, etc.⁸⁶

Ademais, também pode o interessado valer-se dos recursos administrativos, que asseguram a impugnação formal de determinados atos administrativos perante a Administração Pública. A via recursal pressupõe a contrariedade a um interesse do recorrente, o que motiva a utilização do recurso administrativo com o fim de buscar a revisão do ato praticado pela autoridade recorrida.⁸⁷

O recurso administrativo tem por objetivo a revisão da conduta ou de ato praticado pela Administração Pública, ilegal ou inadequado para o interessado, e a sua natureza é de meio formal de impugnação de atos e de comportamentos administrativos. Explicando o conceito, Carvalho Filho afirma que:

⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

⁸⁵ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 868.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 472-474.

É o recurso administrativo um meio de impugnação porque serve como instrumento de exercício do direito de petição pelo interessado. Além disso, é formal porque deve ser interposto por petição escrita e devidamente protocolada na repartição administrativa, observando-se o princípio da publicidade e do formalismo a que se submete a Administração. O instrumento é de impugnação porque através dele o interessado hostiliza, por alguma razão, a atividade administrativa e requer seja esta reexaminada por outros órgãos da Administração.⁸⁸

Ao considerar que uma dada decisão é ilegal, o interessado pode se valer de diferentes meios. Se é parte diretamente interessada, pode questioná-la por meio de pedido de reconsideração; recurso hierárquico; representação; denúncia ou reclamação administrativa.⁸⁹

Sob o ângulo subjetivo, os recursos administrativos podem ser considerados como instrumentos de proteção de direitos e interesses eventualmente lesados pela Administração, pois permitem reagir a decisões e medidas adotadas.⁹⁰

O recurso administrativo visa a provocar o reexame de uma decisão da Administração pela própria Administração, pretendendo o interessado a alteração da medida impugnada. A solução do recurso expressa-se por um ato administrativo em que a autoridade competente defere ou indefere o recurso. No caso do deferimento, o agente da Administração pode determinar a anulação, a revogação ou a modificação parcial do ato. Em qualquer caso, a decisão deve ser motivada de modo consistente.⁹¹

Os recursos administrativos podem ser classificados três formas: pedido de reconsideração, recursos hierárquicos próprios e os recursos hierárquicos impróprios. O pedido de reconsideração é o pedido de reexame de uma decisão, dirigido à mesma autoridade que a editou; a mesma autoridade responsável pela medida ou ato procede ao seu reexame.⁹² Os recursos próprios tramitam dentro do regular escalonamento hierárquico do sistema organizacional da Administração Pública e dispensam a expressa previsão legal, pois se fundam no natural controle hierárquico interno que existe entre os agentes superiores e os subordinados; para a apreciação do recurso, neste caso, dispõe o agente superior de amplo poder revisional, a tal ponto que pode até

⁸⁸ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 848.

⁸⁹ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 134.

⁹⁰ MEDAUAR. Ob. cit., p. 443.

⁹¹ Idem. Ibidem, p. 446.

⁹² Idem. Ibidem, p. 449.

mesmo decidir além do pedido formulado pelo interessado, sob o fundamento de estar exercendo a autotutela dos atos administrativos.⁹³

Os recursos impróprios, por sua vez, são aqueles dirigidos à pessoa jurídica diversa da qual se originou o ato impugnado. É um pedido de reexame dirigido à autoridade que não tem vínculo de hierarquia com a autoridade ou órgão responsável pela decisão impugnada.⁹⁴ Entre o órgão controlado e o órgão controlador não há relação hierárquica de subordinação, mas de vinculação.⁹⁵ Com relação a tal espécie de recurso existe a necessidade de previsão legal expressa, no entanto, mesmo diante do silêncio da lei, a irresignação deve ser apreciada, visto que configura no mínimo o exercício do direito de petição. Ademais, importante registrar ser completamente descabida a utilização de tal recurso dirigido ao âmbito administrativo de um dos Poderes da República, contra ato ou conduta administrativa praticada por outro, vez que não existe hierarquia entre eles, sendo todos constitucionalmente independentes entre si.⁹⁶

A exaustão ou esgotamento da via administrativa significa que o interessado não mais pode dar prosseguimento a determinado processo pelas instâncias da Administração Pública, seja porque já percorreu todos os seus graus recursais, seja porque deixou transcorrer *in albis* ou renunciou ao prazo para a interposição do recurso administrativo cabível. No entanto, o esaurimento da via administrativa não é pressuposto para que o interessado recorra ao Poder Judiciário. A única exceção nesse sentido se dá no âmbito da justiça desportiva, prevista no art. 217, § 1º da Constituição Federal, a qual deve ser efetivamente esgotada antes que a questão possa ser levada ao Poder Judiciário.⁹⁷

A Administração Pública possui também outros meios de controle administrativo, como a autotutela; o controle hierárquico; o controle de gestão; a inspeção, auditoria e correição; a supervisão; os pareceres vinculantes; o ouvidor e o controle financeiro.⁹⁸

⁹³ GASPARINI. Ob. cit., 2005, p. 826.

⁹⁴ MEDAUAR. Ob. cit., p. 449.

⁹⁵ Idem. Ibidem.

⁹⁶ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

⁹⁷ BASTOS. Ob. cit., p. 472.

⁹⁸ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

A autotutela, já explicada anteriormente, é a fiscalização exercida pela própria autoridade que editou o ato ou adotou a medida, sobre sua atuação. Em regra, ocorre espontaneamente, mas pode, no entanto, ocorrer de forma provocada, em decorrência de recurso administrativo, isto é, pedido de reconsideração.

Já o controle hierárquico é a verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Tal controle ocorre previamente à medida adotada pelo subordinado, quando se exige a autorização do superior; ou quando o superior expede circulares, instruções, ordens de serviço, visando à coerência e uniformidade em certo assunto. Ressalta-se que se o superior hierárquico acompanha o desenvolvimento da solução do assunto, a cargo do subordinado, tratar-se-á de controle concomitante. E, se realizado após a tomada da decisão, o controle será sucessivo ou *a posteriori*.⁹⁹

O controle de gestão, por sua vez, baseia-se em objetivos de realização ou de produtividade. Incide sobre a atividade total ou parcial do controlado, sobretudo no aspecto dos resultados e da eficiência, implicando, assim, no acompanhamento simultâneo da atuação, com medidas corretivas a cada passo, impedindo a dispersão ou mau uso dos recursos humanos e materiais alocados.¹⁰⁰

A inspeção, a auditoria e a correção destinam-se, via de regra, a oferecer informações e dados sobre os serviços controlados, a autoridades com poder de decisão nesses setores. Em sua maioria, seus realizadores não tem o condão para decidir ou deliberar sobre o ato ou atividade, mas tão apenas a competência para elaborar relatórios dirigidos à autoridade com tal poder, com a proposição de medidas. Tal modalidade de controle ocorre perante órgãos controlados, nos quais os agentes da Administração exercem poderes de investigação, examinando papéis, autos, documentos... e etc.¹⁰¹

⁹⁹ MEDAUAR. Ob. cit., p. 450.

¹⁰⁰ Idem. Ibidem, p. 451.

¹⁰¹ Idem. Ibidem, p. 453.

A Constituição Federal também prevê, entre as atribuições dos ministros, a supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência.¹⁰² E, conforme a disposição do Decreto-lei nº 200/1967, art. 20, parágrafo único, a supervisão ministerial abrange a orientação, a coordenação e o controle das atividades dos órgãos subordinados ao ministério.¹⁰³ Destaca-se que o controle administrativo ou supervisão sobre entidades da Administração Indireta não significa, do ponto de vista jurídico, subordinação hierárquica.

Medauar expõe que as finalidades da supervisão ministerial são:

Assegurar a execução dos serviços especializados de modo compatível aos fins e valores que norteiam cada centro de poder; adequar a tecnicidade dos entes às diretrizes políticas respectivas; harmonizar suas atividades a fins predeterminados e zelar pela atuação eficaz dos entes personalizados. Como finalidade imediata está o controle da legalidade e a salvaguarda do interesse público. Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, as atividades de controle hão de buscar um justo equilíbrio entre a atuação menos vinculada da empresa e os interesses públicos que levaram o Estado a criá-las.¹⁰⁴

Com relação aos pareceres vinculantes, estes aparecem nos casos em que a norma exige consulta prévia a órgão jurídico ou técnico, cujo parecer deve nortear obrigatoriamente a decisão a ser tomada. Além da função consultiva, o órgão que emite o parecer vinculante exerce a função de controle preventivo.¹⁰⁵

O instituto de controle denominado Ouvidor surgiu com a reestruturação da Administração Federal, implantada no início de 1995, que previu a Ouvidoria-Geral da República na estrutura do Ministério da Justiça. O Ouvidor tem como atribuição receber as queixas e denúncias da população contra ineficiência de órgãos e servidores, contra ilegalidades ou abuso de poder. Em geral, os Ouvidores invocam os órgãos que podem tomar as medidas corretivas.¹⁰⁶

O controle financeiro é uma forma de controle interno específico que incide sobre os aspectos financeiros dos atos e atividades da Administração. A Constituição Federal determina

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹⁰³ BRASIL. **Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹⁰⁴ MEDAUAR. Ob. cit., p. 454.

¹⁰⁵ Idem. Ibidem, p. 453.

¹⁰⁶ Idem. Ibidem, p. 453.

que tanto o Poder Executivo quanto o Judiciário e o Legislativo devem manter um sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento de metas do plano plurianual; a execução de programas e dos orçamentos; comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias; apoiar o controle externo. É, assim, o controle exercido pelos próprios órgãos financeiros e contábeis da Administração, antes da prestação de contas ser remetida ao Tribunal de Contas respectivo.¹⁰⁷

4.3 Controle legislativo

O Poder Legislativo, composto pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados e pelo Congresso Nacional, representa a vontade da coletividade, os interesses dos Estados, da Federação e dos cidadãos, editando as leis que condicionam a atividade da Administração Pública. E, justamente por representar o interesse público, ao Congresso Nacional, auxiliado do Tribunal de Contas, compete fiscalizar os atos tanto discricionários quanto vinculados do Poder Executivo.

A competência do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, encontra respaldo no próprio texto constitucional, art. 49, inciso X, o qual estabelece entre os atos de competência exclusiva do Congresso os de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por quaisquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta.¹⁰⁸

Cabe ao Poder Legislativo exercer o controle legislativo sobre os atos de sua Administração Pública interna, bem como sobre os atos do Poder Executivo, examinando-os sob o aspecto geral da legalidade e conveniência ao interesse público.¹⁰⁹

Cretella Júnior ensina que a essa modalidade de vigilância dá-se o nome de fiscalização legislativa ou fiscalização parlamentar. Desse modo, os agentes administrativos não

¹⁰⁷ MEDAUAR. Ob. cit., p. 453.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹⁰⁹ MEIRELLES. Ob. cit., p. 334.

agem arbitrariamente, vez que os vigilantes do Parlamento, denunciam à nação a prática de atos lesivos ao interesse público.¹¹⁰

Ao Congresso Nacional, Senado e Câmara, conjuntamente, compete sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, bem como os contratos precedentes de ilegalidade, a pedido do Tribunal de Contas.¹¹¹

No cumprimento desta missão fiscalizadora e controladora, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, ou mesmo suas comissões, podem ainda, receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões de entidades públicas, bem como poderão solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão.¹¹²

Poderá o Poder Legislativo instituir as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo. Estas comissões terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no regimento das respectivas Casas. E, suas conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.¹¹³

Ao Poder Legislativo também compete resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de televisão; escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; autorizar a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas; aprovar a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares, entre outras competências arroladas na Magna Carta.¹¹⁴

¹¹⁰ **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 334.

¹¹¹ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit. p. 870.

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹¹³ MEDAUAR. Ob. cit., p.455.

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

É ainda, da alçada do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo. Se estas não forem apresentadas dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, a Câmara dos Deputados proceder-lhe-á à tomada.¹¹⁵

Nota-se então que o controle legislativo atua com maior frequência no plano político e financeiro. No plano político o controle legislativo possui prerrogativas de fiscalização e decisão sobre atos ligados à função administrativa do Poder Executivo. No plano financeiro o controle legislativo possui prerrogativas de decisão e fiscalização sobre receita, despesa e gestão dos recursos públicos, no âmbito interno do Poder Executivo¹¹⁶

Ressalta-se que o controle legislativo financeiro abrange todos os Poderes da República, tanto no âmbito de sua Administração Direta como Indireta, devendo prestar contas “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária”.¹¹⁷

Quanto às esferas estaduais, municipais e do Distrito Federal o controle legislativo possui os mesmos objetivos, no entanto, a estrutura administrativa varia de acordo com a legislação de cada qual. Nos estados, o controle é realizado pelas Assembléias Legislativas e, no Distrito Federal pela Câmara Legislativa. Nos Municípios fica a cargo das Câmaras Municipais (art. 31 da CF).¹¹⁸

¹¹⁵ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 872.

¹¹⁶ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2011.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹¹⁸ ALEXANDRINO. Ob. cit., p. 570-572.

4.4 Controle pelo tribunal de contas

A Constituição estabelece que ao Congresso Nacional compete realizar o controle externo da Administração Direta e Indireta, exercendo fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, para o quê contará com o auxílio do Tribunal de Contas da União.¹¹⁹

O Tribunal de Contas é o órgão, autônomo e independente, ao qual a Constituição atribui competência para exercer o controle externo da Administração Pública, no exame dos atos de índole financeira e orçamentária.¹²⁰ É o órgão responsável pela fiscalização dos gastos públicos. No âmbito federal, a responsabilidade é do Tribunal de Contas da União (TCU) e nos âmbitos municipal e estadual, na maioria dos casos, a responsabilidade é dos Tribunais de Contas dos estados (TCE). Há exceções em relação aos Estados e Municípios, pois em alguns estados existe um TCE e também um Tribunal de Contas do Município (TCM), responsável pela fiscalização da capital, ou dos Municípios (TCM), responsável pela fiscalização de todas as cidades do estado.¹²¹

Dessa forma, existem duas formas de exercício do controle financeiro. A primeira é o controle interno, exercido por órgãos da estrutura própria de cada poder, que são investidos de atribuição destinada à verificação de suas finanças públicas (art. 70 da CF). A segunda é o controle externo, dos demais poderes, o qual, no âmbito da União Federal, é exercido pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71 da CF).¹²²

¹¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹²⁰ CITADINI, Antônio Roque. **O Controle do Tribunal de Contas**. Disponível em: <<http://www.citadini.com.br/palestras/p980909.htm>>. Acesso em: 06 de maio de 2011.

¹²¹ BRASIL. Portal dos Tribunais de Contas do Brasil. **Como funciona o Controle Externo**. Disponível em: <http://www.controlepublico.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19&Itemid=18>; Acesso em: 07 de maio de 2011.

¹²² BRITTO, Carlos Ayres de. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS_AYRESBRITTO.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2011.

Di Pietro explica que o controle financeiro atua sobre cinco ângulos diferentes, a saber: controle da legalidade; controle da legitimidade; controle da economicidade; controle da aplicação das subvenções e controle da renúncia de receitas.¹²³

O controle da legalidade envolve juízo acerca da legalidade dos atos da Administração Pública, tendo em vista que sua atividade é vinculada à lei. Já o controle da legitimidade traduz-se no juízo acerca do mérito do aspecto financeiro controlado, com base nos critérios de conveniência e de oportunidade, afetos à boa-administração. Por sua vez, o controle da economicidade envolve juízo acerca da adequação e compatibilidade das despesas públicas, a fim de inferir se uma relação de custo-benefício adequada veio a ser atendida com o gasto do dinheiro público. O controle da aplicação das subvenções envolve o juízo acerca da correta utilização da verba pública no destino para o qual lhe reservava a legislação, de forma criteriosa. Por fim, o controle da renúncia de receitas envolve o juízo de valor acerca dos motivos pelos quais o administrador renunciou a determinada fonte de receitas em proveito da Administração Pública.¹²⁴

Entre as atribuições do Tribunal de Contas está a de apreciar as contas do Presidente da República; fiscalizar recursos repassados pela União Federal; sustar atos impugnados por descumprimento de suas determinações; aplicar sanções aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas; proceder a inspeções e auditorias nas unidades administrativas do Legislativo, Executivo, Judiciário, ou Ministério Público; julgar as contas dos administradores e responsáveis por dinheiros e valores públicos, bem como daqueles que derem causa a extravio, perda ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, etc.¹²⁵

Destaca-se que o termo “julgar” não significa exercício de função jurisdicional, visto que o Tribunal de Contas, apesar de ser um tribunal, não faz parte do Poder Judiciário. Em adição, não obstante possa o Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade de leis e de atos do Poder

¹²³ DI PIETRO. Ob. cit., p. 613.

¹²⁴ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

¹²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

Público no exercício de suas atribuições,¹²⁶ as decisões do Tribunal de Contas submetem-se a controle pelo Poder Judiciário. Assim, a decisão de exame tem caráter administrativo, possuindo eficácia de título executivo.¹²⁷

4.5 Controle jurisdicional

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no art. 5º, XXXV.¹²⁸

Destarte, sabendo-se que o princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico; sua violação é muito mais grave que a violação a uma regra, visto que gera um verdadeiro atentado ao sistema jurídico, como um todo, abalando as vigas mestras nas quais as regras encontram suporte.¹²⁹ Assim, não é possível admitir que a Administração Pública, sob o pretexto de estar praticando ato administrativo no âmbito da discricionariedade, possa atentar contra a finalidade pública.

Não é necessária a exaustão prévia da via administrativa para que se possa ingressar em juízo. Quem sofrer lesão a direito ou estiver sob ameaça de lesão a direito, advinda de atividade da Administração, não é obrigado a interpor recurso administrativo primeiro, para depois, decidido este, ajuizar uma ação. Há exceções, todavia, quanto à justiça desportiva e ao mandado de segurança, uma vez que, com relação à justiça desportiva, o próprio texto constitucional estabeleceu que as ações só poderão ser interpostas depois de esgotadas as

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0347.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

¹²⁸ Idem. Ibidem.

¹²⁹ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., 2005, p. 810.

instâncias desportivas.¹³⁰ E, quanto ao Mandado de Segurança, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 estabelece que não se concederá o *mandamus* quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.¹³¹

No Brasil, vigora o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o condão de decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes. Desse modo, ao Poder Judiciário compete, mediante provocação da parte interessada, realizar o controle judicial das atividades administrativas, anulando as suas condutas ilegítimas, compelindo-as àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados.¹³²

O controle judicial é exercido pelo Poder Judiciário, com base na sua função constitucional de apreciador equidistante da constitucionalidade e legalidade de atos e normas jurídicas, fiscalizando, desta forma, a atividade administrativa exercida pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, pelo Ministério Público, e pelo próprio Poder Judiciário.¹³³

Carvalho Filho ensina que o controle judicial sobre os atos administrativos se dá exclusivamente no plano da legalidade, uma vez que o Poder Judiciário só tem competência para confrontar os atos da Administração Pública com a lei ou com a Constituição Federal, verificando sua conformidade com o ordenamento jurídico, anulando os atos inválidos. Quanto aos atos discricionários, o Autor leciona que:

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição e, face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º). Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair no aspecto fundamental – o

¹³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

¹³¹ BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disponível e.: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2011.

¹³² MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., 2005, p. 877.

¹³³ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 895-898.

exame de legalidade. A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais, sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração.¹³⁴

O desvio da finalidade decorre do descumprimento dos limites da discricção administrativa e, conseqüentemente, autoriza o Judiciário a invalidar os atos discricionários praticados pela Administração Pública em descumprimento da competência que lhe foi atribuída por lei (princípio da legalidade) para o exercício de suas funções.

Seguindo o mesmo raciocínio, Melo esclarece que:

É, pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.¹³⁵

O Judiciário não age de forma a eliminar o poder discricionário da Administração Pública, vez que não ultrapassa os limites objetivos de significação da norma, mantendo íntegro o campo de apreciação subjetiva do administrador, como deve ser em um Estado Democrático de Direito.¹³⁶

A discricionariade é um poder delimitado previamente pelo legislador que, intencionalmente, deixou um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção. Não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pois, caso contrário, estaria substituindo a opção legítima feita pela autoridade competente com base em oportunidade e conveniência.¹³⁷

Ocorre tão somente uma análise, por parte do Poder Judiciário, quanto à aplicabilidade dos princípios constitucionais, no âmbito da discricionariade, permitindo ao Judiciário examinar

¹³⁴ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 900.

¹³⁵ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., 2002, p. 834.

¹³⁶ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

¹³⁷ DI PIETRO. Ob. cit., p. 181.

se o mérito do ato administrativo foi devidamente integrado de acordo com o interesse público que sua norma de regência se presta a tutelar.¹³⁸

Para Moreira Neto:

O silogismo judiciário pode ser precisamente montado, com a premissa maior na finalidade da norma e a premissa menor no mérito do ato, de modo a evidenciarem-se o pertinente ou as impertinências: o respeito ou a exorbitância dos limites à discricionariedade. Observe-se que, nesta tarefa, o instituto da discricionariedade não fica comprometido mas, ao contrário, valorizado, na medida em que sua proteção não mais se vincula a uma praxe acomodada da doutrina e dos tribunais, mas a um sistema racional e permanentemente aprimorável.¹³⁹

Para tanto, cabe ao Poder Judiciário, como sua função típica, fiscalizar, de forma comissiva, e invalidar os atos que excedam os limites da discricionariedade, deixando de realizar uma análise restrita de legalidade para passar a realizar uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos diante do sistema jurídico pátrio.¹⁴⁰

Trata-se de um controle que pode ser exercido *a posteriori* ou *a priori*. Será posterior quando o ato administrativo impugnado já existe e produz os seus efeitos no mundo jurídico, oportunidade em que o Poder Judiciário, a pedido de um interessado, pode examinar sua legalidade ou constitucionalidade, ultrapassando a presunção de legitimidade.¹⁴¹

Todavia, o controle jurisdicional será prévio em situações excepcionais que demandam uma atuação preventiva do Poder Judiciário, quando houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a direito do interessado, e desde que preenchidos os pressupostos legais de plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e de risco de dano pela demora (*periculum in mora*).¹⁴²

O controle jurisdicional caracteriza-se como um controle externo, de regra *a posteriori*, repressivo ou corretivo, podendo apresentar conotação preventiva. É desencadeado por provocação, pois não existe jurisdição sem autor e efetuado por juízes dotados de independência.

¹³⁸ MEDAUAR. Ob. cit., p.461.

¹³⁹ Ob. cit., p. 84.

¹⁴⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 61.

¹⁴¹ ALEXANDRINO. Ob. cit., p. 581.

¹⁴² MEDAUAR. Ob. cit., p.463.

Esse controle se realiza por meio do ajuizamento de ações, que observam o formalismo judicial, e se encerra por meio de uma sentença motivada e dotada de autoridade de coisa julgada, impondo, portanto, à Administração, o dever de acatá-la.¹⁴³

Outra forma de controle judicial é a Súmula Vinculante, regulamentada pela Lei nº 11.417 de 2006. Uma Súmula Vinculante é aquela que foi aprovada pela decisão de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, seja de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.¹⁴⁴

Após a publicação da Súmula Vinculante pelo STF, o seu teor vincula os demais órgãos do Judiciário, bem como toda a Administração Pública, Direta e Indireta, esferas federal, estadual e municipal, podendo o STF, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir tais efeitos, ou decidir que estes só tenham eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público. O ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula, ou que indevidamente a aplicar, enseja o ajuizamento de reclamação perante a Suprema Corte.¹⁴⁵

E, ainda, o controle jurisdicional da Administração se organiza em dois sistemas básicos de controle existentes nos diversos ordenamentos jurídicos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema da unicidade de jurisdição.¹⁴⁶

Parte da doutrina posiciona-se no sentido de que o controle realizado pelo Judiciário é restrito, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito, pois ao Judiciário é vedada a interferência nas atividades típicas do Poder Executivo, ante o princípio da separação dos poderes. Daí porque é o Judiciário a legalidade em sentido estrito, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De outra sorte, outro entendimento inclina-se por um controle amplo do Judiciário, porque à este cabe a Jurisdição e,

¹⁴³ MEDAUAR. Ob. cit., p. 460.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2011.

¹⁴⁵ Idem. Ibidem.

¹⁴⁶ GASPARINI. Ob. cit., 2005, p. 841.

portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que possa cogitar de ingerência indevida.¹⁴⁷

Algumas teorias foram elaboradas para fixar limites ao poder discricionário da Administração, de modo a possibilitar a sua apreciação pelo Judiciário. A primeira é relativa ao desvio de poder, que ocorre quando a autoridade administrativa usa do poder discricionário que dispõe para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Em ocorrendo tal hipótese, o Judiciário fica autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade desviando-se dos fins de interesse público definidos em lei.¹⁴⁸

Já a teoria dos motivos determinantes incide quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, que somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Aqui, o Judiciário deve examinar os motivos, isto é, os pressupostos de fato e de direito do seu acontecimento. Em sendo falso ou inexistente o motivo, o Judiciário deve anular o ato.¹⁴⁹

Di Pietro expõe também que há no direito brasileiro uma forte tendência em limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, buscando distingui-la da interpretação e impedir as arbitrariedades que a Administração pratica, conforme se vê abaixo:

Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato [...] aquilo que os doutrinadores alemães chamam de conceitos legais indeterminados. [...] Quando a Administração emprega esse tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade; esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma solução válida diante do direito. Nesse caso, haverá apenas uma interpretação do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade.[...]

Se, para a delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade.¹⁵⁰

Assim, no primeiro caso, poder-se-ia falar em apreciação da atividade ou ato pelo Judiciário, uma vez que não se trata de discricionariedade da Administração. No segundo, entretanto, não poderia o Judiciário examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade

¹⁴⁷ MEDAUAR. Ob. cit., 464-465.

¹⁴⁸ DI PIETRO. Ob. cit., p. 181.

¹⁴⁹ Idem. Ibidem.

¹⁵⁰ Idem. Ibidem.

administrativa, porque estaria penetrando o exame da discricionariedade. Todavia, alguns autores entendem ser possível examinar sim, pelo princípio da razoabilidade.¹⁵¹

O alcance do controle jurisdicional do ato administrativo não é ilimitado, pois é evidente que não pode o juiz substituir o administrador.¹⁵² Assim, os atos de governo, praticados por agentes do alto escalão do governo, são amplamente discricionários e, não se sujeitam a controle judicial quanto aos critérios governamentais de sua edição, vez que são criados com ampla discricionariedade, e fundamento de validade constitucional, a fim de ditar a condução política do Estado. É vedado ao Poder Judiciário substituir-se à esfera privativa da vontade do governante, para evitar uma violação ao princípio constitucional da independência e da separação dos poderes, tendo em vista inclusive que os membros do Poder Judiciário não representam a vontade popular, faltando-lhes legitimidade para tanto.¹⁵³

Entretanto, com a vigência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito, se o ato de governo acarretar lesão a direito, poderá ser impugnado perante o Judiciário.

Os atos legislativos típicos, que possuem o conteúdo de norma também passam por um controle diferenciado do Judiciário, sob o aspecto da constitucionalidade, em duas modalidades: o controle de constitucionalidade difuso e o controle de constitucionalidade concentrado.¹⁵⁴

Os atos *interna corporis* também são vedados à revista judicial comum. São os atos praticados no âmbito da competência constitucional interna dos órgãos integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, são semelhantes aos atos políticos e, não se submetem à fiscalização quanto aos critérios internos adotados para a sua edição, mas submetem-se ao controle judicial de legalidade ou de constitucionalidade sempre que ofenderem direitos individuais ou coletivos, em razão do princípio da inafastabilidade do Judiciário.¹⁵⁵

¹⁵¹ DI PIETRO. Ob. cit., p. 617.

¹⁵² MEDAUAR. Ob. cit., p. 465.

¹⁵³ DI PIETRO. Ob. cit., p. 617.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

¹⁵⁵ MEIRELLES. Ob. cit., p. 693-694.

4.5.1 Meios de controle judicial

O controle jurisdicional brasileiro ou é feito por meio de remédios específicos destinados especificamente para a tutela de direitos individuais ou coletivos contra ilegalidades e inconstitucionalidades decorrentes da prática de atos administrativos, ou é feito por meio de remédios não específicos como ação ordinária, ação executiva, ação constitutiva, ação declaratória e ação de despejo.¹⁵⁶

O mandado de segurança, previsto na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, é ação judicial de fundamento constitucional (art. 5º, LXIX da CF) pela qual se busca a proteção jurisdicional do Estado em razão de ameaça ou efetiva lesão a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou de *habeas data*, em virtude de ato inválido praticado por autoridade investida na função administrativa.¹⁵⁷

O *habeas data* é o meio constitucional (art. 5º, LXXII da CF) que visa a garantir ao impetrante o conhecimento de informações relativas ao postulante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para a retificação de dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial.¹⁵⁸

O *habeas corpus* é uma ação de fundamento constitucional (art. 5º, LXVIII da CF) que visa a proteger o paciente sempre que sofrer ou estiver ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.¹⁵⁹

A ação popular é a via constitucional (art. 5º, LXXIII, CF) posta a disposição de qualquer cidadão para obter a anulação de atos ou contratos administrativos – ou a eles equiparados – lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

¹⁵⁶ MEIRELLES. Ob. cit., p. 693-694.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2011.

¹⁵⁸ MEIRELLES. Ob. cit., p. 659.

¹⁵⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso em: 18 de maio de 2011.

moralidade administrativa ou ao meio ambiente natural ou cultural. É regulada pela Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965.¹⁶⁰

O mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF) é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.¹⁶¹

A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, possui fundamento constitucional (art. 129, III da CF) e é o instrumento processual hábil para apurar a responsabilidade por danos patrimoniais e morais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, à bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração da ordem econômica e da economia popular, e à ordem urbanística, sem prejuízo da ação popular.¹⁶²

As ações declaratórias de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal estão previstas na Constituição (art. 102, I, “a”; 102, §1º; 103, §2º) e são os meios pelos quais o Procurador Geral da República, ou qualquer das entidades arroladas na própria Constituição (art. 103), a qualquer tempo, atacam a lei ou ato, antes mesmo de produzir efeitos concretos. A decisão declaratória da inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes. Denominada forma de controle pode se dar de forma preventiva ou posterior, vez que pode ocorrer a qualquer tempo.¹⁶³

E ainda, a ação de improbidade administrativa também possui fundamento de validade constitucional (art. 37, § 4º da CF) e infraconstitucional (Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992), sendo destinada a apurar responsabilidades e impor sanções por atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração Pública.¹⁶⁴

¹⁶⁰ MEIRELLES. Ob. cit., p. 658.

¹⁶¹ Idem. Ibidem, p. 659.

¹⁶² Idem. Ibidem.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 333.

¹⁶⁴ LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

Por fim, é possível ainda que o particular possa se valer de outras ações ordinárias contra a Administração, tais como as ações possessórias, a ação de nunciação de obra nova e a ação de consignação em pagamento.¹⁶⁵

4.5.2 Jurisprudência

A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege e, por legitimidade entende-se a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo (princípios da moralidade e da finalidade).¹⁶⁶

Nesse ínterim, ao Judiciário compete fiscalizar os atos da Administração Pública que exorbitem de seus poderes, conforme se vê em decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] 3. É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo. [...] Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma.¹⁶⁷

E, ainda:

[...] 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração [...].¹⁶⁸

Entretanto, deve-se destacar que ainda que a doutrina e jurisprudência entendam a impossibilidade de o Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, o Superior Tribunal de

¹⁶⁵ MEIRELLES. Ob. cit., p. 663.

¹⁶⁶ Idem. Ibidem, p.650.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 403205/RS**, Relator (a): Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Segunda Turma Julgado em: 28/03/2006, Publicado em: 19-05-2006.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24699/DF**, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento:30/11/2004, Data da Publicação: DJ 01-07-2005 PP-00056

Justiça - STJ, em recente decisão, analisou o mérito da correção promovida pelas bancas examinadoras de concursos públicos, declarando o fim da arbitrariedade. Antes, doutrina e jurisprudência entendiam que não poderia haver análise do mérito pelo Judiciário. Todavia, em recente decisão, o STJ entendeu pela invalidade do ato administrativo de correção.

Firmou-se o entendimento de que a regra do edital deve ser clara quanto aos critérios de correção, ou seja, não pode ser obscura nem os critérios podem ser excessivamente amplos, para que seja garantido o controle por parte dos candidatos. Neste sentido, entendeu-se que foi “correto o impetrante-recorrente quando aponta a ausência de critérios apontados no edital para fins de correção da prova de redação são por demais amplos, não permitindo qualquer tipo de controle por parte dos candidatos”.¹⁶⁹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a admitir o controle judicial da atividade não vinculada da Administração Pública:

[...] 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias. 3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput) [...].¹⁷⁰

Ainda de acordo com o STJ:

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. [...] 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da Administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade [...].¹⁷¹

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em MS 33.825 – SC (2011/0037272-5)**, Relator : Ministro Mauro Campbell Marques, Data do Julgamento: 07/06/2011, Publicado no DJE : 14/06/2011.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 778648/PE**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 06/11/2008, Data da Publicação: DJe 01/12/2008

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 429570/GO**, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 11/11/2003, Data da Publicação: DJ 22/03/2004 p. 277

alemão Huber, citado por Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las.¹⁷²

¹⁷² LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

CONCLUSÃO

A discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos parâmetros previamente identificados tanto pela legislação quanto pela doutrina e jurisprudência. A fonte do poder discricionário da Administração Pública decorre da lei, pois este somente se perpetua a partir das brechas legislativas. A bem da verdade, não se tratam de brechas legislativas, mas sim de situações em que o legislador constituinte deixou margens ao administrador quanto à sua atuação, não vinculando-a.

É absolutamente impossível ao legislador constituinte elencar a atuação do agente da Administração em todas as circunstâncias. Dessa forma, resta ao administrador ampla, mas não irrestrita, margem de liberdade para atuar de acordo com os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, da finalidade pública, entre outros.

Toda a atividade administrativa deve buscar o interesse público da coletividade, sendo este, certamente, o primeiro limite à discricionariedade administrativa. Se, por acaso, o administrador deixar de respeitar o princípio basilar da discricionariedade, qual seja, a finalidade pública, incorrerá em vícios a serem rechaçados por meios dos controles administrativo, legislativo e judicial.

Contudo, a questão ainda é polêmica, pois ao falar-se em discricionariedade, subentende-se em conveniência e oportunidade, critérios estes que em tese só poderiam ser analisados pela própria Administração Pública.

Ocorre que o exercício do poder discricionariedade tem levado a autoridade pública a acertos e desacertos ao longo tempo, mormente porque é exercido por seres humanos falíveis, e, porque não dizer, alguns venais.¹⁷³ Em razão disso, e objetivando evitar o arbítrio e o abuso de poder, o Estado tem promovido diferentes formas de controle, à fim de limitar a discricionariedade administrativa.

¹⁷³ ORNELLAS, Paulo Lopes de. **Poder Discricionário da Administração**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/search?aq=f&sourceid=chrome&ie=UTF8&q=poder+discricionário+da+Administração>>. Acesso em: 28 de maio de 2011.

E, em decorrência dessas vicissitudes, o Poder Judiciário tem procurado limitar a discricionariedade administrativa, incidindo até mesmo nas questões de mérito, sob as dimensões da conveniência e oportunidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14 ed. Niterói: Impetus, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.
- BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.
- BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2011.
- BRASIL. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2011.
- BRASIL. Portal dos Tribunais de Contas do Brasil. **Como funciona o Controle Externo**. Disponível em: <http://www.controlepublico.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19&Itemid=18>; Acesso em: 07 de maio de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0346.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm>. Acesso em: 04 de maio de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 403205/RS**, Relator (a): Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Segunda Turma Julgado em: 28/03/2006, Publicado em: 19-05-2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24699/DF**, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento: 30/11/2004, Data da Publicação: DJ 01-07-2005 PP-00056

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em MS 33.825 – SC (2011/0037272-5)**, Relator : Ministro Mauro Campbell Marques, Data do Julgamento: 07/06/2011, Publicado no DJE : 14/06/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 778648/PE**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 06/11/2008, Data da Publicação: DJe 01/12/2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 429570/GO**, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 11/11/2003, Data da Publicação: DJ 22/03/2004 p. 277

BRITTO, Carlos Ayres de. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2011.

CAPANEMA, João Batista Diniz. **Controle Interno e Externo da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.auditoria.mt.gov.br/arquivos/A_67d2945afe5ea9ddd7ff7ec2649aa608CONTROLEINTERNOEEXTERNODAADMINISTRACAOPUBLICA-TCU.pdf>. Acesso em: 30 de abril de 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

CITADINI, Antônio Roque. **O Controle do Tribunal de Contas**. Disponível em: <<http://www.citadini.com.br/palestras/p980909.htm>>. Acesso em: 06 de maio de 2011.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Marcelo Netto de Moura. **Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários da Administração Pública**. Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/Marcelo_Neto.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ORNELLAS, Paulo Lopes de. **Poder Discricionário da Administração**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/search?aq=f&sourceid=chrome&ie=UTF8&q=poder+discricionário+da+Administração>>. Acesso em: 28 de maio de 2011.

SILVA, Alan de Siqueira. **Princípio da Razoabilidade**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>>. Acesso em: 17 de novembro de 2010.

SILVEIRA, Clariana Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2191>>. Acesso em: 25 de maio de 2011.

VALOIS. Fernanda. **A Atuação do Princípio da Eficiência.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1099/A-atuacao-do-Principio-da-Eficiencia>>. Acesso em: 17 de abril de 2011.

YAMASAKI, Priscila. **Atividades e Atos Administrativos.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57720827/Atividades-e-Atos-Administrativos-FGV-RIO>>. Acesso em: 15 de maio de 2011.