

A IDENTIDADE DA "FUNÇÃO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA" NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO

Dois são os sistemas em que se organiza o controle jurisdicional da Administração Pública: o sistema de jurisdição una e o sistema de jurisdição dupla.

Este último é proveniente da doutrina francesa que, conforme Bonnard (1934 apud WATANABE, 1980, p. 23), se assenta na idéia de que não deve haver ingerência de um poder naquilo que é peculiar de outro, posto que implicaria violação da teoria da separação de poderes se o Poder Judiciário julgasse as lides envolvendo o Poder Executivo.

Tal sistema caracteriza-se pela existência de duas ordens de jurisdição paralelas, ou seja, há a jurisdição ordinária competente para as causas que não envolvem a Administração e a jurisdição especial ou administrativa, competente, em princípio, para julgar os litígios que envolvam a Administração.

Existem neste sistema tribunais especialmente instituídos para as contendas em que a Administração seja parte. Nele, normalmente, os atos administrativos não se submetem, ou se submetem de modo reduzido, ao exame do Poder Judiciário.

Quanto ao sistema de jurisdição una, sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, também denominado de sistema comum, a competência para a apreciação dos litígios se concentra exclusivamente no Poder Judiciário.

Assim, a apreciação das atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do Direito Privado, seja no Direito Público, ocorre por meio do Poder Judiciário. É no sistema de jurisdição una que o Poder Judiciário assume papel significativo na defesa do administrados.

Algumas pontos positivos e negativos são apontados pela doutrina a ambos os sistemas.

Assim, no ensinamento de Medauar (1993, p. 162), como aspecto positivo do sistema de jurisdição dupla aponta-se “a especialização dos juízes no tocante ao direito administrativo, ao direito público e aos problemas da Administração”.

Segue ainda ressaltando o procedimento mais simples do contencioso administrativo, o que o torna mais rápido (ressalta, todavia, que tal aspecto hoje é discutível na própria doutrina francesa que aponta a lentidão como um dos

obstáculos da prestação). Desfavor a esse sistema, a autora aponta os constantes conflitos de competência com a jurisdição ordinária, “pois as regras de repartição de atribuições dificilmente apresentam-se claras e sem dificuldades de interpretação”.

Em relação ao sistema de jurisdição una, ainda com a mencionada autora, favoravelmente aponta-se a unidade e, conseqüentemente, a ausência de problema no que concerne à competência. Por outro lado, não há juízes especializados na matéria e, dita ainda, a sobrecarga trazida ao Judiciário.

A autora conclui dizendo que o importante para a eficácia do controle judicial da Administração Pública não é o tipo de sistema adotado. Para ela qualquer dos dois poderá ser eficaz, desde que se procure sanar ou atenuar as insuficiências apontadas.

Para SEABRA o controle exercido por um órgão diverso e autônomo é mais eficaz. Nas suas palavras: “O sistema de controle pela jurisdição comum assenta numa concepção da separação de poderes oposta à francesa, bem como na opinião de que os direitos individuais só ficam suficientemente amparados em face dos atos administrativos quando o exame contencioso destes é entregue a um órgão autônomo”.

Sustenta o autor que, confiada à função jurisdicional exclusivamente ao Poder Judiciário, ainda quando se haja de exercer a propósito de ato do Poder Administrativo, atende-se melhor ao princípio da separação de poderes e especialização de funções, porque, aquele se deixa exercer a sua atividade sempre e até quando se trata de função peculiar. Isto é, procura-se concentrar num órgão único a jurisdição, dado principalmente o seu feitio de função essencialmente jurídica, em contraste com as demais em que prevalece o caráter político.

Tal sistema, além disso, dá margem a um regime de melhor equilíbrio entre os poderes estabelecendo a reciprocidade de controle. O argumento de que só existe garantia eficaz aos direitos do administrado, se protegidos pela intervenção do Poder Judiciário, é também convincente.

Com efeito, o reexame dos atos do Poder Executivo por um corpo especializado, que dele se destaque apenas pelo fim de metodizar as atribuições a ele entregues (*administração ativa* e *administração contenciosa*, como dizem os franceses), não infunde confiança.

O pronunciamento suscitado pelas reclamações individuais fica à mercê de influências diretas da *administração ativa*, influências cujas possibilidades são bem mais restritas em face de órgãos inteiramente autônomos e independentes.

Praticamente a grande vantagem da apreciação jurisdicional desse atos decorre das garantias que a evolução do direito político tornou inseparáveis do Poder Judiciário, dando-lhe condições de independência assecuratórias de imparcialidade no exercício de suas atribuições.

Mais pertinente o posicionamento de Seabra Fagundes, posto que a atuação de um órgão independente e autônomo é mais imparcial e, certamente, mais difícil de sofrer influências políticas.

No contexto de jurisdição, seja ela uma ou dupla, Odete Medauar, em monografia específica sobre o Controle da Administração Pública¹, ressalta que "a expressão controle jurisdicional da Administração" reveste-se de conotação mais ampla que a expressão "controle jurisdicional do ato administrativo", pois abrange a apreciação jurisdicional não somente dos atos administrativos, mas também dos contratos, das atividades ou operações materiais e mesmo da omissão ou inércia da Administração.

No Direito brasileiro, o relevo do tópico sobressai, de maneira especial, pela prevalência do sistema de unidade de jurisdição, mercê da adoção do princípio da ubiquidade da justiça, inscrito no art. 5º, XXXV, da CF, albergando o contencioso de responsabilização e de indenização; de invalidação; de prevenção e de repressão; o individual, o coletivo, o difuso; a tutela de direitos subjetivos e de interesses legítimos, como adiante procuraremos sistematizar.

Sob o ângulo estritamente juscientífico, é fundamental afirmarmos que, quando o juiz exerce a "justiça administrativa", ou seja, tem de decidir sobre a atuação da Administração Pública, não está ele exercendo a mesma parcela da função jurisdicional desempenhada nos litígios entre particulares, como ocorre, por exemplo, quando há um credor e um devedor de quantia inscrita em uma nota promissória.

Sob o aspecto orgânico, a atual Constitucional Federal Brasileira, no Título V (Da Organização dos Poderes) - arts. 44 e segs. -, ao lado dos três Poderes Políticos tradicionais (Legislativo, Executivo e Judiciário), enumera instituições autônomas (arts. 127 e segs.) que também compõem o Poder Público, e que exercem a provedoria de justiça, já que são organismos que, segundo o próprio texto constitucional, exercem funções essenciais à justiça, não só a que podemos chamar de justiça jurídica, mas também social, democrática.

Essas instituições são: o Ministério Público (arts. 127 a 130); a Advocacia-Geral da União (art. 131); as Procuradorias locais (art. 132, e art. 69 do ADCT); a Defensoria Pública (art. 134).

¹ São Paulo: RT, 1993, p. 59-160

O Congresso Nacional tem a ele acoplados dois órgãos auxiliares de fundamental relevância: **a)** o primeiro, de índole administrativo-financeira, judicialiforme o Tribunal de Contas arts. 70 e s., especialmente art. 73) - quadro que se reproduz em nível local (arts. 31, e §§, e 75, e parágrafo único) - e que o auxilia no controle externo de caráter contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial; **b)** o *Conselho de Comunicação Social* (art. 224), que o ajuda no exercício das suas atribuições no setor respectivo, seja na apreciação dos atos de concessão, permissão e autorização de serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens, bem como na fiscalização de sua programação e publicidade, com vistas, inclusive, à preservação de valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220 e 223).

O Poder Executivo conta, também, com uma estrutura política complementar (arts. 89 e 91), constituída do Conselho da República e do Conselho da Defesa Nacional, órgãos de consulta do Presidente da República em assuntos políticos superiores, a serem organizados e a terem seu funcionamento disciplinado em lei.

Também têm sua identidade constitucional as Forças Armadas, instituições (corporações, eis que encorpadas pelos princípios da hierarquia e da disciplina) nacionais (art. 142); e os organismos de preservação da segurança pública (ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio), e que são as polícias e os corpos de bombeiros militares (art. 144).

No *sentido funcional* é que a CF emprega o termo processo, ao referir-se a processo judicial e administrativo (art. 52, LV); processo legislativo (art. 59); a que compete ao Supremo Tribunal Federal (art. 102,1), ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105,1), aos Tribunais Regionais Federais (art. 108,1), aos Juízes Federais (art. 109) e à Justiça Militar (art. 124), "proceder e julgar".

Quando se trata da jurisdição em face da Administração, mesmo com a presença, em pólo da relação processual, das pessoas jurídicas públicas, político-federalivas ou autárquicas, ou, ainda, das pessoas administrativas ou paradministrativas de direito privado e de colaboradores da Administração Pública, mesmo quando isso ocorre, na verdade estamos diante desse tipo de função muito específica, que é a junção de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentido específicos. Acentue-se que a personalização do Estado nada mais e do que o produto de expediente, para poder responsabilizá-lo; e daí, classificarem-no muitos autores como um tipo de pessoa jurídica diferente das demais, fora das categorias das sociedades, associações, fundações. O Estado é uma corporação do ponto de vista político e social, mas, sob o aspecto jurídico, ele não o é, eis que não somos associados ou sócios do Estado. Muitos já disseram que

o Estado está muito mais para fundação do que para corporação. E, em verdade, uma instituição, uma estrutura organizacional personalizada. E isso explica a sinonimização vulgar do Estado com Poder Público: enquanto cidadãos, consideramo-nos em oposição ao Estado; enquanto membros do Governo, temos o cidadão como estando fora desse contexto.

Nesse sentido, o controle do Estado ou da Administração Pública, aqui em sentido *lato*, pode ser exercido de duas formas: um controle político e outro controle administrativo:

Controle político – O controle político traz uma ideia de equilíbrio entre os Poderes do Estado, Legislativo, executivo e Judiciário. Nós temos aqui o sistema de freios e contrapesos. Qual é a ideia de equilíbrio entre os Poderes? Isso surgiu com Montesquieu, com o seu “O Espírito das Leis” e John Locke, nos seus dois tratados sobre governo. Montesquieu afirmava que aquele que tem o poder tende dele a abusar. Dividindo as funções do Estado, seria possível fazer com que um Poder controlasse, limitasse o outro. O Sistema de Freios e Contrapesos está, pois, relacionado com a Teoria da Tripartição dos Poderes. Nós temos o Executivo controlando o Legislativo, por exemplo, através do veto (art. 76, § 1º, da CF); controle do Judiciário sobre o Executivo e sobre o Legislativo, quando controla a legalidade dos atos praticados por esses Poderes; também o controle exercido pelo Legislativo sobre o Judiciário, quando se fala de um controle financeiro e orçamentário, com o auxílio do Tribunal de Contas. Esse controle tem um delineamento constitucional. Quem dita a forma de realização desse controle é a CF objetivando o equilíbrio das instituições democráticas do País

Controle administrativo – O controle administrativo está relacionado principalmente com as instituições administrativas. Isto é com a função administrativa, com os órgãos administrativos, com os agentes administrativos. Toda a atividade da administração, quer seja vinculada ou discricionária, deve sempre pautar-se no princípio da legalidade, em conformidade com a lei. “Administrar é aplicar a lei de ofício”, segundo Seabra Fagundes. E aqui aparecem mecanismos para que seja controlada a legalidade dos atos administrativos. Além da legalidade como fundamento desse controle, qual é o outro princípio que embasa esse controle em especial? É a eficiência. E por que a eficiência? Será que a Administração Pública está cumprindo suas metas? Será que, ao desempenhar as funções administrativas está cumprindo as suas prioridades, o seu planejamento, será que está realizando todas as políticas administrativas de forma eficiente e com base na lei? Porque se não estiver, caberá o controle. Essa é a ideia: legalidade e eficiência como fundamento do controle da Administração.

1. CONCEITO DE CONTROLE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“Controle da Administração Pública é 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.”

Elementos básicos do Controle da Administração Pública:

Fiscalização + Revisão – Tudo isso para buscar princípio da legalidade, princípio da eficiência, entre outros, e, conseqüentemente atingir a finalidade de todo e qualquer ato administrativo que é o interesse público.

Será que a atividade dos órgãos está cumprindo o interesse público? Caso os agentes não estejam cumprindo suas metas, revisam-se as condutas por eles praticadas, quer seja corrigindo, quer seja alterando essas condutas que não estão atingindo o interesse público.

Natureza jurídica do controle da Administração Pública

José dos Santos Carvalho Filho afirma que o controle é princípio fundamental. Então, a natureza jurídica do controle é de ser princípio fundamental da Administração Pública. E qual é o fundamento, a ratio, para ele afirmar isso? O fundamento é o DL 200/67, art. 6º, I a V. O que há lá para fundamentar a natureza jurídica do controle? Este dispositivo traz cinco princípios fundamentais aos quais a Administração Pública deve estar vinculada:

1. *Planejamento*
2. *Coordenação*
3. *Descentralização*
4. *Delegação de competências e*
5. *Controle (como princípio fundamental ao qual a AP deve estar atrelada).*

O 5º é o que fundamenta a natureza jurídica do controle. Inclusive, esse controle que está no DL 200 não pode ser recusado por nenhum órgão administrativo. Mas é princípio previsto em legislação federal, será que deve ser observado em outras esferas administrativas? Sim.

2. CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE

1. **Classificação quanto ao ÓRGÃO** (Celso Antônio, Maria Sylvia) ou quanto à extensão do controle (José dos Santos Carvalho Filho)

Falar em classificação quanto ao órgão é a mesma coisa que falar em classificação quanto à extensão do controle. Essa classificação subdivide o controle em:

- a) *Controle INTERNO*, também chamado por Diógenes Gasparini de AUTOCONTROLE – “É o controle que a Administração exerce sobre seus próprios atos e agentes.”
- b) *Controle EXTERNO*, também chamado por Diógenes Gasparini de HETEROCONTROLE – “É o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro.”

Quando eu falo em controle interno ou autocontrole, estou falando daquele controle realizado pela Administração Pública sobre seus próprios atos, aquele controle que o órgão ministerial, por exemplo, vai exercer sobre os vários departamentos administrativos que compõem aquele órgão. Di Pietro, inclusive, afirma que o controle interno ou autocontrole é realizado por um **sistema de auditorias**, por exemplo, vai acompanhar a execução do orçamento, vai se verificar a legalidade na aplicação do dinheiro público. Exemplo de JSCF quando a corregedoria controla os atos dos serventuários da justiça. É controle interno em sentido amplo. Eu não estou falando que é controle interno no Judiciário, no Executivo ou no Legislativo. Esse controle está no art. 74, da Constituição.

O controle externo ou heterocontrole é aquele controle que a AP direta exerce sobre a AP indireta. Lembra quando vocês estudaram descentralização? É exatamente esse controle. O controle externo é aquele que o Judiciário realiza perante atos praticados pelo Executivo. Ou quando o TC (legislativo) controla atos do Executivo ou do Judiciário.

O que é **controle interno exterior**? E o que seria esse controle? A Administração Pública Indireta teria um duplo controle. Como assim? Ela teria um controle efetuado por seus próprios órgãos (interno) e um segundo controle que seria o efetuado pela Administração Direta. E aí se fala de um controle interno exterior. É a ideia de um duplo controle.

Além disso, sempre que se fala em controle externo ou heterocontrole, eu posso englobar aqui o controle popular. Qualquer pessoa pode suscitar o controle da Administração e essa possibilidade está relacionada com qual princípio que

vocês já estudaram? Com o princípio da publicidade que visa dar ciência ao administrado e ele, tomando ciência, poderia controlar os atos praticados. Daí eu poder relacionar com o princípio da publicidade.

Quais são os dispositivos que trazem o controle popular? Lei 4898/75, Lei 8429/92 (arts. 14 e 22 – Lei de Improbidade Administrativa). Além disso, Hely ressalva a hipótese prevista no art. 31, § 3º, da Constituição Federal. As contas do Executivo e da Câmara têm que ficar à disposição por 30 dias para que os contribuintes exerçam controle sobre elas. É o controle externo popular.

2. **Classificação quanto aos ASPECTOS CONTROLADOS** (Celso Antônio, Maria Sylvia) ou quanto ao OBJETO (José dos Santos Carvalho Filho) ou quanto à NATUREZA DO CONTROLE (José dos Santos Carvalho Filho)

Esse controle é um controle que se biparte em:

a) Controle de LEGALIDADE - Quem pode realizar o controle de legalidade? A Administração, o Judiciário e o Legislativo nos casos previstos na CF. A Administração Pública pode de acordo com a Súmula 346, do STF, o Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) e o Legislativo quando a CF autorizar que ele o faça

b) Controle de MÉRITO - Esse controle de mérito, que é o controle de conveniência, de oportunidade, é realizado pela Administração Pública, de forma que o Judiciário não poderá interferir no mérito eleito como o correto pela Administração Pública. Conveniência e oportunidade. Quem escolhe, quem elege o mérito, a conveniência e a oportunidade para a prática daquele ato é a própria Administração. O Judiciário não pode interferir porque prevalece o princípio da separação dos Poderes. A Administração tem autonomia para escolher a conduta que achar mais conveniente e oportuna. E se, no momento posterior, não for mais oportuna, ela pode se valer do instituto da revogação, para retirar aquele ato do mundo jurídico, conforme Súmula 473, do STF.

O Judiciário pode controlar o mérito do administrador? Não. O Judiciário não controla o mérito. Isso é pacífico. Mas o que precisamos complementar? Sempre que falarmos neste tipo de controle, se eu falar de controle de legalidade, sempre que houve uma ilegalidade, dá-se a anulação daquele ato. Se a questão for inconveniente ou inoportuna, ocorrerá a revogação daquele ato. Como que o Judiciário controla legalidade de atos administrativos? Qual é o instrumento de controle? O MS, por exemplo. Como o Legislativo controla a legalidade de um ato? Através, por exemplo, da atuação do TC, quando o TC aprecia a legalidade

dos atos de admissão de pessoal nas hipóteses do art. 71, III, da CF. E a AP, lógica, valendo-se da autotutela.

Quando o controle é de mérito, qual é a observação necessária? A observação diz respeito à ADPF 45 que trata de políticas públicas. Qual é a ideia? Vamos imaginar que a Administração Pública, diante de duas hipóteses, tem que fazer um hospital e também quer fazer a nova fonte da praça. Mas só há dinheiro para realizar uma dessas duas. Eu, administrador, escolho o hospital. Foi uma decisão razoável, conveniente e oportuna. Vamos supor que a Administração tenha, em vez disso, escolhido a fonte. O Judiciário pode adentrar o mérito dessa decisão? Não. O Judiciário não interfere no mérito e isso é isento de dúvidas. O Judiciário não analisa conveniência ou oportunidade. Só que essa decisão não foi razoável, não foi proporcional. Gasta uma fábula para fazer a fonte. Isso não é proporcional. Qual é o jeito que podemos dar? Essa decisão por parte da Administração violou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoabilidade e proporcionalidade estão previstas no art. 3º da Lei 9784/89, que cuida do processo administrativo federal. O Judiciário pode controlar legalidade. Se a decisão por parte da AP violou legalidade, por ter violado os princípios do art. 2º, aí então o Judiciário vai fazer um controle, mas é um controle de legalidade que, indiretamente, atinge o mérito administrativo. Mas eu não estou falando de um controle exercido pelo Judiciário de mérito. É um controle de legalidade. Isso está consignado na ADPF 45:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(...)

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.
(...)

“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

3. Classificação quanto ao MOMENTO ou OPORTUNIDADE em que o controle é realizado

Aqui, o controle pode ser tripartido em:

a) Controle PRÉVIO ou PREVENTIVO ou A PRIORI – É aquele exercido antes de confirmar-se a conduta administrativa. Aqui, eu tenho o controle prévio, por exemplo, uma autorização do Senado Federal para a União, os Estados, DF e Municípios, para que contraiam empréstimos externos. Eles só podem contrair empréstimos externos mediante autorização do Senado. Tem um projeto de engenharia que precisa da aprovação do órgão técnico superior para realizar a obra. Preciso é a autorização, depois realizo a obra

b) Controle CONCOMITANTE ou SUCCESSIVO – É aquele que acontece na medida em que o ato está sendo realizado, à medida que a conduta está se desenvolvendo. Por exemplo, a fiscalização de um contrato que está em andamento. Enquanto está sendo realizado o controle, haverá um controle sobre ele. JSCF dá um exemplo: art. 67, da Lei 8666/93, que cuida da fiscalização dos agentes públicos durante a execução de obras públicas

c) Controle POSTERIOR ou SUBSEQUENTE ou CORRETIVO – Esse controle tem ideia de revisão do ato praticado. Ou ele será confirmado ou ele será corrigido. Ou matem o ato ou altera o ato. Primeiro o ato é praticado e depois o ato é controlado, depois o Judiciário controla. Quando eu falo de controle judicial, estou falando de um controle posterior ou subsequente. Primeiro o ato administrativo é praticado para, em seguida, sofrer o controle do Judiciário. Ou a homologação e o julgamento de uma concorrência na licitação. Homologou, confirmou o ato. O visto das autoridades superiores é também um controle superior.

4. Classificação quanto ao FUNDAMENTO do controle

Quando ao fundamento, o controle pode ser:

a) Controle HIERÁRQUICO ou POR SUBORDINAÇÃO (JSCF) – O que é preciso haver no controle hierárquico? Qual é a palavra-chave? Escalonamento vertical dos órgãos. Esse escalonamento vertical é decorrência do princípio da hierarquia entre órgão superior e órgão inferior. Exercício do poder hierárquico. A superior controla os atos das autoridades inferiores

b) Controle FINALÍSTICO ou POR VINCULAÇÃO (JSCF) - A palavra-chave do controle finalístico é que o controle finalístico é um controle de legalidade da atuação administrativa em que se tem a Administração Pública Direta controlando a Indireta.

5. Classificação quanto à INICIATIVA do controle (JSCF)

a) Controle DE OFÍCIO – Nada mais é do que a manifestação da autotutela.

b) Controle PROVOCADO – É aquele controle deflagrado por terceiros, principalmente quando se fala de recursos administrativos (recurso hierárquico próprio, impróprio, pedido de reconsideração, reclamação administrativa)

6. Classificação quanto à NATUREZA do controlador

a) Controle *ADMINISTRATIVO* ou *EXECUTIVO*

b) Controle *LEGISLATIVO* ou *PARLAMENTAR*

c) Controle *JUDICIAL*

3. CONTROLE ADMINISTRATIVO ou EXECUTIVO

Conceito: “O controle administrativo é aquele que vai confirmar, rever, alterar condutas internas quanto à legalidade e à conveniência e tudo isso será realizado pelo Executivo ou pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário.”

É o poder de fiscalização, de coerção, que a Administração Pública vai exercer sobre a sua própria atuação. Daí se falar em um controle interno, de

legalidade e de conveniência. Tudo isso sendo realizado pelo próprio Executivo ou pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário.

De acordo com o DL 200/67, é denominado, na esfera federal, de **supervisão ministerial**.

Esse controle administrativo deriva da autotutela que a Administração Pública tem, do poder-dever de autotutela que a AP tem no sentido de revisar seus próprios atos, anulando atos ilegais e revogando atos incongruentes e inoportunos. Quem exerce esse controle? Órgãos superiores em relação à órgãos inferiores.

E tudo isso com o auxílio de órgãos julgadores de recursos e mais o auxílio de órgãos especializados (controle técnico de auditoria, especializado). E tudo isso dentro do chamado controle interno, dentro da mesma Administração. É o chamado autocontrole que tem por objetivo três características:

- *Confirmação do ato que foi praticado*
- *Correção do ato quando há algo errado (é ilegal ou inconveniente)*
- *Alteração*

Na correção eu modifico totalmente o ato, retirando-o do ordenamento. Quando eu falo de alteração, uma parte eu ratifico e a outra eu altero. Por exemplo: uma portaria diz que o local de atendimento do serviço público será, a partir de hoje, o local X, mas mantenho o mesmo horário de atendimento.

E dentro desse tema, vamos entrar nos meios que se tem para realizar o controle administrativo. Quais são os instrumentos para a realização do controle administrativo?

- *Direito de petição*
- *Controle ministerial*
- *Hierarquia orgânica (JSCF) ou Fiscalização hierárquica (outros autores)*
- *Controle social*
- *Instrumentos legais*
- *Recursos administrativos lato sensu*

3.1. Direito de Petição

O direito de petição é uma forma de controle, é um instituto antigo, nasceu na Inglaterra, na Idade Média, com o nome de *Right of Petition* e é uma faculdade que os indivíduos têm de formular aos órgãos públicos algum tipo de postulação.

Tudo que é decorrência da cidadania. Eu vou aos órgãos públicos fazer algum tipo de postulação como decorrência da cidadania. Está previsto no art. 5.º XXXIV, “a”, da CF.

O indivíduo postulou perante um órgão público um direito seu ou interesse coletivo como decorrência de cidadania. Segundo Gasparini, um “direito dotado de eficácia”. E se é um direito dotado de eficácia, a autoridade precisa pronunciar-se a respeito daquilo que foi pedido, nem que seja pelo seu indeferimento. Di Pietro e Diógenes Gasparini entendem que na falta desse pronunciamento por parte da autoridade administrativa, cabe MS.

O direito de petição é um procedimento administrativo e o MS é judicial. Eu tenho o direito de petição (controle interno) e tenho o mandado de segurança (controle externo).

Precisa pagar taxa para exercer o direito de petição? Quanto a essa questão vem um problema. Se a CF assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas, como se explica o fato de algumas normas legais imporem para a interposição de alguns recursos, a chamada **garantia de instância**. É o depósito de uma quantia em dinheiro como condição para a admissibilidade do meu recurso. Os administrativistas questionam que se o direito de petição (direito constitucional, art. 5º) é exercido independentemente do pagamento de taxas, como justificar essa garantia de instância?

1ª Corrente: *“A lei pode estabelecer condições especiais para a interposição de recursos administrativos”* (posição minoritária) – José dos Santos Carvalho Filho, TJ/RJ tem a Súmula 64 confirmando isso: a lei pode estabelecer condições. O fundamento dessa corrente é: JSCF se vale do art. 56, §2º, da Lei 9784/99:

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

JSCF interpreta esse dispositivo a *contrario sensu*: como a regra não exige caução, salvo se tiver exigência legal, é dizer, que se houver uma lei que imponha, cabe a caução. Então, essa primeira corrente se justifica com base neste dispositivo.

2ª Corrente: *“A exigência da garantia de instância é inconstitucional”* (posicionamento majoritário) – STF diz que é inconstitucional essa exigência por violar contraditório e ampla defesa, por violar o direito de petição. Di Pietro, Súmula 373, do STJ/09. A Súmula Vinculante 21 diz isso:

SÚMULA VINCULANTE Nº 21 - É INCONSTITUCIONAL A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIOS DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO.

STJ Súmula nº 373 - DJe 30/03/2009 - É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.

3.2. Controle Ministerial

“Controle ministerial é o exercício pelos ministérios sobre os órgãos de sua estrutura administrativa e também sobre as pessoas da Administração Indireta federal.”

Os ministérios irão exercer o controle sobre os órgãos componentes de sua estrutura. Olhar o DL 200/67, art. 19:

Art. 19. *Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.*

Essa supervisão, na esfera federal acontece através dos ministérios. E no âmbito dos Estados e municípios, as secretarias desempenham o mesmo papel dos ministérios.

3.3. Hierarquia Orgânica ou Fiscalização Hierárquica

Essa hierarquia orgânica ou fiscalização hierárquica tem relação com o chamado sistema organizacional da Administração, como escalonamento de seus órgãos. Tudo isso como decorrência da hierarquia, do poder hierárquico, em que o agente de grau superior fiscaliza, revisa a atuação do agente de grau inferior. Decorre da própria estrutura, de como são organizados os quadros da Administração. O escalonamento entre os órgãos da Administração. Pode ser exercido de ofício, provocado, discricionário, quanto ao mérito, prévio, concomitante, etc.

3.4. Controle Social

Há vários dispositivos que mostram esse controle social.

Por exemplo, a função legislativa pode ser exercida através de leis de iniciativa popular, que não deixa de ser um controle social (art. 61, § 2º, da CF). Quando veio a EC-38 e inseriu o art. 37, § 3º, da CF possibilitou o controle social, pois possibilitou a edição de uma lei que regule formas de participação do usuário na Administração Direta e Indireta. É um controle social. O art. 198, III, da CF traz as ações e serviços de saúde que devem admitir a participação da comunidade, são aquelas normas programáticas, de eficácia limitada, de princípio programático. Eu fixo um plano de ação para o Estado em que a comunidade também pode participar. O art. 194, VII, trata da participação social na seguridade social é outro exemplo. A Lei 9784/99, que cuida do processo administrativo federal, nos seus arts. 31 e 32 estão a consulta pública e a audiência pública, que são instrumentos de controle social, entre outros.

Como esse controle social pode ser efetivado? De duas maneiras:

- a) *Através de um controle natural* – É aquele executado diretamente pela comunidade, por entidades representativas, pelos indivíduos, associações, fundações, sindicatos.
- b) *Através de um controle institucional* – É aquele exercido por órgãos, por entidades do Poder Público que tem por finalidade a defesa de interesses gerais da coletividade, por exemplo, o MP, a defensoria pública. São órgãos do Poder Público instituídos com a finalidade de tutelar os interesses gerais da coletividade. O MP, por meio da ACP, que tutela interesses massificados.

3.5. Instrumentos Legais

Há alguma legislação específica que cuida desse controle? A Lei de Responsabilidade Fiscal, que é a LC 101/00. É um instrumento legal de controle dos atos, das contas públicas. Trata de limites de gastos de pessoal, por exemplo.

3.6. Recursos Administrativos Lato Sensu

Dentre essas funções, a mais rica e variada é a administrativa, que engloba atividade-fim (prestação dos serviços públicos; poder de polícia administrativa; participação econômico-social; preservação da segurança pública) e

atividades instrumentais (exercício do poder regulamentar; funcionamento dos serviços administrativos-burocráticos; polícia judiciária). Nela sobressaem, também, manifestações de função de controle, com o exercício do poder hierárquico e disciplinar; da supervisão administrativa e do contencioso administrativo, chamado exatamente de administração de controle, por oposição à administração ativa.

Que recursos temos?

- ***Representação administrativa***
- ***Reclamação administrativa***
- ***Pedido de reconsideração***
- ***Revisão do processo***
- ***Recurso hierárquico que se subdivide em:***
 - ***Recurso hierárquico próprio***
 - ***Recurso hierárquico impróprio***

Características gerais e comuns a todos esses princípios:

A apresentação desses recursos deve se sujeitar a dois princípios:

- ***Princípio da Publicidade***
- ***Princípio do Formalismo (por escrito, assinados, etc.)***

Além disso, é necessário que haja o inconformismo, uma contrariedade do ato com algum interesse do administrado. Esses recursos estão na via administrativa. Não falo aqui de via judicial, de função jurisdicional.

Os fundamentos dos recursos:

- ***Um sistema de hierarquia orgânica,***
- ***O exercício do direito de petição***
- ***A garantia de contraditório e ampla defesa***

Não há um procedimento específico para os recursos administrativos. Não há uma regra geral que dite as regras do recurso administrativo. É possível que haja a previsão do recurso administrativo em um regulamento, em um regimento de um órgão público, com características específicas de como se dará o processamento daquele recurso naquele órgão. Não há uma regra geral sobre isso.

Não precisa de advogado. E as petições já vêm com as razões em uma peça só. Na petição já se oferecem as razões.

Efeitos do recurso - Como regra, eu tenho o efeito devolutivo do recurso. Significa que a matéria é devolvida à análise do órgão superior. Eu vou fazer com que o órgão superior reaprecie a matéria que está sendo impugnada. Então, a regra, é o efeito devolutivo.

E quando haverá o efeito suspensivo? Como exceção, nas hipóteses em que a lei mencionar. Por exemplo: a Lei 8.666, no art. 109, I, § 2º, confere esse efeito suspensivo.

Art. 109 - Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - Recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;*
- b) julgamento das propostas;*

§ 2º - O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

Para entender por que, como regra não vai ter efeito suspensivo, é preciso recordar dos atributos do ato administrativo (presunção de legitimidade, autoexecutoriedade, imperatividade, tipicidade) e justamente em razão da presunção de legitimidade dos atos é que não se confere o efeito suspensivo. É que o ato é presumidamente legítimo e, desde já, será executado pela Administração. Apreensão de mercadorias deterioradas, interdição de estabelecimento com ratos (há presunção de legitimidade nisso). Então, o que a Administração determinar que seja realizado, será realizado, em que pese o destinatário do ato interpor recurso. O ato continua gerando efeitos em razão da presunção de legitimidade.

A lei dirá quando terá efeito suspensivo, mas o próprio administrador também dirá. O próprio administrador, ao receber o recurso, ainda que a lei só atribua àquela situação efeito devolutivo, o administrador poderá atribuir o efeito suspensivo àquele recurso, aqui em razão da autotutela. A regra é que o efeito seja devolutivo, mas se a autoridade administrativa quiser poderá conceder o efeito suspensivo ao recurso porque verifica que se não conceder o efeito suspensivo, poderá gerar prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Nesse caso, ela poderá conferir, de ofício, o efeito suspensivo.

Suponhamos que a lei ou a autoridade tenha conferido efeito suspensivo. Se o meu recurso está com efeito suspensivo, cabe mandado de segurança? Se a lei

estabelece que para aquele ato que comporta recurso o recurso terá efeito suspensivo, Diógenes Gasparini entende que não cabe MS porque ao ato já foi atribuído efeito suspensivo, o ato está paralisado, as consequências do ato estão paralisadas. Diferente se não houvesse efetivo suspensivo.

O prazo para interposição depende da lei, do tipo de recurso. Mas, uma vez escoado o prazo definido em lei, ocorre a chamada preclusão consumativa. Não vai poder o recorrente apresentar a *posteriori*.

a) Representação Administrativa

É o primeiro recurso administrativo. O recorrente denuncia irregularidades, ilegalidades ou condutas abusivas dos agentes ou dos órgãos públicos. Tudo isso com o objetivo de apuração e de regularização. Então, o objetivo da representação administrativa é a apuração e a regularização dessas irregularidades, dessas condutas abusivas. Esse é o conceito de representação administrativa.

Recorrente na representação administrativa: Quem pode entrar com ela? Qualquer pessoa pode se valer dessa reclamação. E quando falo em qualquer pessoa falo daquele que ainda não seja afetado pela irregularidade, pela conduta abusiva. Eu não estou sofrendo nenhuma conduta abusivo, mas quero representar que dentro da massa administrativa isso está ocorrendo.

O recorrente (qualquer pessoa) vem perante a AP e oferece a representação. A AP recebe essa representação e, necessariamente, instaura o processo administrativo. É isso que ela tem que fazer. Esse processo administrativo nada mais é do que um poder-dever que a AP tem de averiguar e punir os responsáveis por terem praticados condutas abusivas, irregularidades, ilegalidades, etc.

E quais são os exemplos em que há representação administrativa? Art. 35, § 2º, do Estado de SP, que é uma representação feita à assembleia Legislativa, Art. 74, § 2º, CF (é exemplo dessa representação).

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Também a Lei 4.898/65, que cuida da representação administrativa contra o abuso de autoridade:

Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;

b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Direito de petição vs. Representação administrativa - Qual é a diferença?
O fundamento é o mesmo: art. 5º, XXXIV, “a”, da CF:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

O direito de petição serve para defesa de interesses próprios ou de terceiros. Já a representação, não defende interesses próprios de terceiros. Isso porque ela é uma denúncia, solene e escrita, sobre abusos na Administração, como já conceituamos. Essa é a principal diferença. A representação não serve para defender interesses próprios ou de terceiros porque vou denunciar irregularidades, para que seja disparado o respectivo processo administrativo para ver se procede aquele abuso de poder, aquela irregularidade, etc.

b) Reclamação Administrativa

A reclamação administrativa tem previsão no decreto 20.910/32.

“Reclamação administrativa é o ato pelo qual o administrado, seja particular, seja servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão.”

O recorrente é interessado direto na correção do ato. Não confundam reclamação com representação. E qual é a diferença? Sempre que eu falar de reclamação, o recorrente é interessado direto. Na representação, o recorrente pode ser qualquer pessoa ainda que não afetado pelo ato.

Prazo para a reclamação – É de 1 ano. Está no art. 6º do referido decreto.

Art. 6º - O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em 1 (um) ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar.

Há administradores que sustentam que, mesmo após esse prazo a Administração Pública pode vir a reconhecer o direito do recorrente e desfazer o ato lesivo. Mesmo depois desse um ano, se a AP quiser, ela pode desfazer o ato lesivo, desde que:

- *O desfazimento não atinja a esfera jurídica protegida de outra pessoa.*
- *Não esteja consumada a prescrição em favor da Fazenda.*

Mas e a reclamação ao STF contra ato administrativo que contrariou enunciado de súmula vinculante, também chama reclamação. Mas são coisas diferentes. Não se pode confundir a reclamação aqui tratada com a reclamação prevista na Lei 11.417/06, que veio para regulamentar o art. 103, “a”, da CF. Essa reclamação é dirigida ao STF, sempre que o ato administrativo contraria, nega vigência ou aplicar de forma incorreta enunciado de súmula vinculante. Neste caso, cabe reclamação ao STF, com caráter muito mais jurisdicional do que a reclamação administrativa. A da Lei 11.417 tem um caráter jurisdicional.

c) *Pedido de Reconsideração*

“Pedido de reconsideração é o reexame da matéria (do ato) pela própria autoridade que emitiu aquele ato.”

Uma vez só é que pode ser exercido o pedido de reconsideração. Se for indeferido total ou parcialmente não admite nova formulação.

Se um ato foi praticado pelo coordenador-geral, o pedido de reconsideração vai ser encaminhado ao próprio coordenador-geral. Não há lei específica, mas há diplomas legais que vão se referir ao pedido de reconsideração: Art. 106, Lei 8.112/90; art. 109, III, Lei 8.666/93.

Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.

*Art. 109 - Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: **III** - Pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do parágrafo 3º do Art. 87, desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.*

Diógenes Gasparini, quanto a esse dispositivo da Lei de Licitações fala o seguinte: embora a Lei de Licitações denomine essa hipótese de pedido de reconsideração, na verdade, não é um pedido de reconsideração, mas um verdadeiro recurso.

Qual é o prazo para a interposição do pedido de reconsideração? Usa-se, por analogia, usa-se o prazo da reclamação, que é de 1 ano.

d) Revisão do Processo

O que é a revisão do processo? Vamos considerar um processo administrativo em que foi proferida uma decisão e alguém (normalmente um servidor) reivindica a revisão daquela decisão. Qual é a previsão legal? Arts. 174 a 182, da Lei 8.112/90 e também o art. 65, da Lei 9.784/99.

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

§ 1º Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo.

§ 2º No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão será requerida pelo respectivo curador.

Art. 175. No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente.

Art. 176. A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário.

Art. 177. *O requerimento de revisão do processo será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a revisão, encaminhará o pedido ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar.*

Parágrafo único. *Deferida a petição, a autoridade competente providenciará a constituição de comissão, na forma do Art. 149.*

Art. 178. *A revisão correrá em apenso ao processo originário.*

Parágrafo único. *Na petição inicial, o requerente pedirá dia e hora para a produção de provas e inquirição das testemunhas que arrolar.*

Art. 179. *A comissão revisora terá 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos.*

Art. 180. *Aplicam-se aos trabalhos da comissão revisora, no que couber, as normas e procedimentos próprios da comissão do processo disciplinar.*

Art. 181. *O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do Art. 141.*

Parágrafo único. *O prazo para julgamento será de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, no curso do qual a autoridade julgadora poderá determinar diligências.*

Art. 182. *Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração.*

Parágrafo único. *Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.*

A revisão, nada mais é do que o reexame da punição ou do servidor ou do administrado em razão da ocorrência:

- I. Fato novo*
- II. Circunstância que justifique a inocência do servidor ou administrado*
- III. Inadequação da penalidade aplicada.*

Tudo isso pode ser feito de ofício, ou a pedido e a qualquer tempo.

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

e) Recurso Hierárquico (Próprio e Impróprio)

Recurso hierárquico próprio – É aquele dirigido à autoridade hierarquicamente superior (dentro do mesmo órgão). Ele tem algumas características. Decorre da própria hierarquia dos órgãos. E por ser decorrência da hierarquia, não precisa de lei que o preveja. O próprio administrado, portanto, pode recorrer à autoridade superior àquela que praticou o ato que de alguma forma o contrariou. É inerente à hierarquia. Maria Sylvia e Celso Antônio utilizam a lei que cuida do processo administrativo federal (9.784/99) para trazer algumas características deste recurso hierárquico no âmbito da união.

Art. 56. das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Acrescentado pela L-011.417-2006)

Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.

Art. 58. *Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:*

I - *os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;*

II - *aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;*

III - *as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;*

IV - *os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.*

Art. 59. *Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.*

§ 1º *Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.*

§ 2º *O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.*

Art. 60. *O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes.*

Art. 61. *Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.*

Parágrafo único. *Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.*

Art. 62. *Interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações.*

Art. 63. *O recurso não será conhecido quando interposto:*

I - fora do prazo;

II - perante órgão incompetente;

III - por quem não seja legitimado;

IV - após exaurida a esfera administrativa.

§ 1º *Na hipótese do inciso II, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso.*

§ 2º *O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.*

Art. 64. *O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.*

Parágrafo único. *Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.*

Art. 64-A. *Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Acrescentado pela L-011.417-2006)*

Art. 64-B. *Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. (Acrescentado pela L-011.417-2006)*

Uma característica do recurso hierárquico próprio do processo administrativo federal, por exemplo, é que essa hierarquia de órgão inferior recorrer para o superior e do superior para outro superior, de acordo com essa lei, só pode ocorrer esse recurso por três instâncias. Mas isso em âmbito federal. Nada

impede que outro regimento, em outro setor haja regra própria falando diferente. Isso é bem específico para o processo administrativo federal..

Recurso hierárquico impróprio – Aqui há o órgão 01 que é o presidente de uma fundação pública estadual. Ele proferiu um ato e eu vou recorrer. Para quem? Para o Governador do Estado, por exemplo. O ato foi proferido por um órgão, mas o recurso será dirigido a outro órgão que não integra a hierarquia do órgão que proferiu o primeiro ato. Esse é o recurso hierárquico impróprio porque **não decorre da hierarquia**. Ele recorre para outro órgão que não integra a hierarquia do primeiro. Um dirigente de uma autarquia expede um ato (administração indireta). Eu recorro para o Ministério ao qual se vincula aquela autarquia. É outro órgão, portanto.

3.7. Coisa julgada administrativa

“Coisa julgada administrativa é a imodificabilidade, a irretratabilidade do ato perante a Administração Pública. É a preclusão de efeitos internos (Hely Lopes Meirelles utiliza essa expressão), é dizer, na via administrativa, esgotaram-se os meios de impugnação. Todas as formas que havia para recorrer dentro da esfera administrativa se esgotaram.”

Logicamente que a coisa julgada administrativa não tem a mesma força julgada judicial. Na coisa julgada judicial quem julga é um juiz imparcial e citando o princípio de que ninguém pode ser parte e julgar ao mesmo tempo, como é que a própria Administração é parte e julga ao mesmo tempo? Eu recorro perante ela mesma. Então, a coisa julgada administrativa é algo que foi esgotado na via administrativa, aquela decisão é imodificável, irretratável, mas em razão do princípio de que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a coisa julgada administrativa é relativa. Eu posso impugnar a decisão administrativa na via judicial porque falta para a coisa julgada administrativa o que os publicistas norteamericanos chamam de “força de definitividade final.” Falta a definitividade final naquele caso. Coisa julgada administrativa significa apenas e tão-somente que na esfera administrativa não há como alterar mais aquele ato. Esgotaram-se todas as instâncias possíveis. É a irretratabilidade na própria Administração.

Maria Sylvia elenca algumas hipóteses que considera coisa julgada administrativa, por exemplo, as situações em que eu coloco limites ao poder de revogar alguns atos administrativos. Quando eu digo que não posso revogar atos vinculados, para ela, operou-se a irretratabilidade, a coisa julgada. Limitações ao

poder de revogar (situações irrevogáveis, atos que não podem ser revogados: vinculados, complexos, que já exauriram seus efeitos, atos complexos). Essas situações irrevogáveis de atos para ela são situações que são também irretratáveis perante a AP. E por serem irretratáveis são situações em que se fala em coisa julgada administrativa.

A prescrição administrativa é outra questão importante.

Prescrição administrativa, para Maria Sylvia pode significar três coisas:

- *Prescrição administrativa como perda do prazo para recorrer de uma decisão administrativa;*
- *Prescrição administrativa como perda do prazo para a Administração rever os seus próprios atos (exercício da autotutela, qual é o prazo para a AP exercer a autotutela);*
- *Prescrição administrativa como perda do prazo para aplicação de penalidades.*

E é a lei que vai fixar o prazo para cada uma dessas hipóteses.

4. CONTROLE LEGISLATIVO

O controle legislativo se subdivide em:

- *Controle político*
- *Controle financeiro*

4.1. Controle POLÍTICO

O controle político irá realizar as decisões administrativas sobre os aspectos da discricionariedade, é dizer, da oportunidade e da conveniência ao interesse público.

Vamos ao art. 49, X, da CF:

Art. 49 - É da Competência exclusiva do Congresso Nacional: X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Então, é um controle que temos e vai ser nossa primeira hipótese de controle que é o controle exercido pelo Congresso Nacional. O Congresso Nacional poderá controlar os atos praticados, até mesmo pela Administração Indireta. Esse controle de competência do Congresso Nacional, que é legislativo, se encerra nesse controle político.

A segunda hipótese está no art. 49, V, da CF, que é um controle que o Senado Federal vai controlar o Executivo, quando os atos normativos praticados pelo Executivo forem além dos limites da regulamentação. Lembra quando estudaram poder regulamentar? Ele tem como característica complementar a lei para garantir a sua fiel execução. Se esse poder for além disso, o Congresso Nacional estará autorizado a sustar os atos do Executivo. É controle político, do Congresso Nacional, sustando os atos de regulamentação praticados pelo Executivo.

Art. 49 - É da Competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Outra hipótese: art. 50, da CF, que cuida do chamado **poder convocatório**. O que é esse poder convocatório?

Art. 50 - A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

É um controle em que a Câmara e o Senado convocam o Ministro de Estado para prestar informação. Controle político, convocatório.

Há o controle das CPI's, do art. 58, § 3º:

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de

um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Há também aquelas autorizações, aprovações do Congresso Nacional para que o Executivo realize alguns atos. É um controle prévio exercido pelo Legislativo. É uma autorização do Congresso para a prática de alguns atos pelo Executivo. Eu preciso, por exemplo, que o Congresso Nacional aprove o ato de renovação de uma concessão de emissora de TV. Concessão de emissora de TV é ato executivo que precisa de apreciação por parte do congresso. É um controle político, controle legislativo, mas político.

São várias as hipóteses: Art. 49, I, XII, XII, XVI e XVII, da CF, por exemplo.

Art. 49 - É da Competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Existem alguns controles que são privativos do Senado. O Senado irá exercer esse tipo de controle. Exemplo: o Senado, em voto secreto, aprova a escolha de Ministro do TCU que foi indicado pelo Presidente da República. É um controle do Senado, legislativo. Quais são as hipóteses? Art. 52, III a IX, da Constituição, dentre outras, como julgamento de contas, situações que se fala de impeachment, etc.

Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:

a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

c) Governador de Território;

d) presidente e diretores do banco central;

e) Procurador-Geral da República;

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

São hipóteses constitucionais. Só haverá esse controle nas hipóteses em que a Constituição estabelecer. Não podem ser criadas outras.

4.2. Controle FINANCEIRO

O controle financeiro é aquele controle previsto nos arts. 70 a 75, da CF, que vai abarcar todos os Poderes da República, quer seja externamente, quer seja internamente: como estão cuidando dos recursos públicos, das contas públicas? Então, é um controle financeiro que é realizado, principalmente, pelo Tribunal de Contas. Então, eu vou verificar quais áreas dentro do controle financeiro? Contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial. Todas essas áreas são estudadas

no Direito Financeiro (Intensivo III). Mas é importante que você saiba que todo esse controle existe dentro da AP e que é exercido de duas formas: ou de forma interna, dentro do próprio órgão. Há mecanismos, dentro do próprio órgão, de verificar se os registros de despesas e receitas está sendo realizado corretamente e existe também o controle externo, de outros órgãos controlando tudo o que tem a ver com dinheiro público, com orçamento, com patrimônio público.

Tribunal de Contas

Quando analisa o Tribunal de Contas e suas atribuições, tem-se que estão previstas, principalmente, no art. 71, da CF. E aí há várias. Cada um dos seus incisos significa uma atribuição do TC para um determinado assunto. E o que é importante sobre esse tema?

O TC, no exercício de suas atribuições, ainda que esteja realizando esse controle financeiro, pode realizar controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade? Resposta: não. A atribuição para esse controle é do STF. O que o TC pode é apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público, inclusive isso é sumulado. É a Súmula 347, do STF:

STF Súmula nº 347 - 13/12/1963 - O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Mas isso não significa realizar controle abstrato de constitucionalidade, controle de lei em tese. Isso não é permitido.

O TC pode rever uma decisão judicial transitada em julgado? Saiu uma notícia do STF, do dia 18/09/09 falando que o TC não pode rever decisão judicial já com trânsito em julgado. O STF concedeu liminar num MS (28150). Havia uma servidora aposentada e o TC considerou que a sua aposentadoria era ilegal e suspendeu o benefício. Mas já tinha se operado a coisa julgada. Não havia como recorrer. Havia a imutabilidade da decisão acerca da aposentadoria. O que o STF, ao apreciar o MS decidiu? Que a coisa julgada só pode ser desconstituída por ação rescisória. Não pode o TC suspender aquela aposentadoria porque isso viola o princípio da segurança jurídica, o princípio da boa-fé objetiva. O TCU, portanto, não pode rever decisão judicial transitada em julgado.

Sexta-feira, 18 de Setembro de 2009

TCU não pode rever decisão judicial transitada em julgado

O ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello concedeu liminar em Mandado de Segurança (MS 28150) ajuizado por uma servidora pública contra deliberações do Tribunal de Contas da União (TCU), baseadas nos acórdãos

1.591/07, 1.024/09 e 3.270/09, em julgamento que considerou ilegal o ato de sua aposentadoria, em virtude da percepção da Gratificação Adicional por Tempo de Serviço sobre o total de sua remuneração.

De acordo com o ministro, o Tribunal de Contas da União não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado, nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença com autoridade da coisa julgada, ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do STF, pois a coisa julgada em matéria civil só pode ser legitimamente desconstituída mediante ação rescisória.

Para Celso de Mello, outro fundamento relevante e que se apoia no princípio da segurança jurídica é o decurso de quase 11 anos entre a concessão da aposentadoria (25/06/1996) e a decisão do TCU (19/06/2007). Ele explica que tão longo período de tempo consolida justas expectativas no servidor aposentado e lhe incute a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro.

Segundo a decisão, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público, em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado.

O ministro concede a medida cautelar também considerando o caráter essencialmente alimentar das pensões e dos vencimentos e proventos funcionais dos servidores públicos (ativos e inativos), na linha do que tem sido proclamado pela jurisprudência do STF. Ele determina, em relação unicamente à servidora impetrante do MS, a suspensão cautelar da eficácia das deliberações proferidas pelo TCU, consubstanciadas nos acórdãos 1.591/07, 1.024/09 e 3.270/09, da Segunda Câmara do TCU.

E no caso do procedimento de licitação simplificado para a Petrobras? A Lei 9478/97 prevê um procedimento de licitação simplificado para a Petrobras, Lei 9478/97. O que o TC fez? Quando veio essa lei, falando desse procedimento simplificado para a Petrobras, proferiu um acórdão dizendo que deveria ser aplicada para a Petrobras, a Lei 8666/93 e não o procedimento simplificado. O que aconteceu? O STF concedeu liminar no MS 28252 (também há o 25888), permitindo que a Petrobras utilizasse o procedimento simplificado da Lei 9.478. E, dessa forma, suspendeu os efeitos do acórdão do TC. Isso foi em 28/09/09 (notícia do STF também).

Segunda-feira, 28 de Setembro de 2009

Liminar permite licitação simplificada na Petrobrás

O ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau concedeu liminar em mandado de segurança (MS 28252) para suspender os efeitos do acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 2689/2009, nos pontos em que determina a aplicação da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) pela Petrobrás. O ministro adotou os argumentos do presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, em caso análogo (MS 25888).

A Petrobrás alegou que contratou empresas pelo Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo decreto nº 2.745/98, que regulamentou o disposto no art. 67 da Lei 9.478/97. O acórdão do TCU determinou que, até a edição de lei dispondo sobre licitações e contratos das estatais e sociedades de economia mista, essas entidades devem observar os preceitos da Lei 8.666/93.

De acordo com a Petrobrás, vincular os procedimentos licitatórios da companhia aos preceitos da Lei 8.666/93 significa retirar dela os mecanismos que lhe permitem sobreviver em ambiente constitucional e infraconstitucional de livre concorrência e regido em função das condições de mercado, o que fere o princípio da razoabilidade, assim como de eficiência imposto pelo caput do art. 37 da Constituição.

No MS 25888 em que o ministro Eros Grau baseia sua decisão, o ministro Gilmar Mendes entende que a submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração de petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais não estão submetidas às regras de licitação e contratação da Lei 8.666/93.

Em sua decisão, o ministro Eros Grau citou no mesmo sentido decisões monocráticas nos mandados de segurança 26410, 25986 e 27232, este último em que foi relator.

Súmula Vinculante 03:

SÚMULA VINCULANTE Nº 3 - NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDER RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.

É dizer, para anular e revogar ato administrativo, eu tenho contraditório e ampla defesa. Se o assunto for apreciar legalidade de ato que concede aposentadoria, reforma e pensão, eu não vou ter contraditório e ampla defesa. A apreciação de legalidade aqui, para essas hipóteses de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, ocorrerá o que se chama de **contraditório desnecessário** porque a situação se limita apenas a uma análise de legalidade daquela aposentadoria, daquela reforma e daquela pensão.

5. CONTROLE JUDICIAL

O controle judicial é aquele relativo às questões de legalidade. No Brasil, adotamos o chamado Sistema da Jurisdição Única: cabe ao Judiciário com força de definitividade qualquer situação que ele tenha que aplicar o direito ao caso concreto. Melhor dizendo, o Judiciário será responsável pela anulação de atos ilegais. E para que isso ocorra, para que o Judiciário anule atos ilegais, há várias medidas: *Habeas corpus*, Mandado de segurança, *Habeas data*, Mandado de injunção, Ação Civil Pública, Ação Popular, ADI's

Tudo sem prejuízo das ações ordinárias. Há vários mecanismos de controle de medidas administrativas. O que há para ser destacado aqui? Duas omissões inconstitucionais que foram controladas por meio de mandado de injunção perante o Judiciário.

1ª Omissão Inconstitucional – Diz respeito ao art. 37, VII, da CF e aos julgamentos dos mandados de injunção 670, 708 e 712 perante o STF.

CF, Art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Existe aqui a chamada **Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais**. Há uma falta de norma que faz com que haja uma inefetividade da norma constitucional, daí falar-se em mandado de injunção para, eventualmente, forçar a norma e produzir os seus efeitos. No caso da greve, o STF, no dia 05/10/07, decidiu que, enquanto não vem a lei específica que cuida da greve no serviço público, nós iremos utilizar a lei que cuida da greve no setor privado (Lei 7783/89). Foi um controle feito pelo STF, em que o STF, no julgamento de um mandado de injunção determinou que fosse aplicada a Lei 7783/89 para cuidar do serviço público. Foi uma decisão que abarcou, não só os impetrantes, como também todo o funcionalismo público. Houve um controle do Judiciário frente a uma omissão do Legislativo. Adotando uma teoria, que a gente chama da **Teoria Concretista**, o STF “legislou” no caso concreto, ao fazer valer uma lei do setor privado para cuidar da greve no setor público.

2ª Omissão Inconstitucional – Foi a do dia 15/04/09, que o STF decidiu que os pedidos de aposentadoria de servidores públicos que trabalham em situação insalubre (ou com periculosidade), por faltar norma para cuidar desse assunto, lei específica para regulamentar a aposentadoria dos servidores públicos quanto a essa questão de insalubridade periculosidade e como falta ao art. 40, § 4º da CF, uma norma para cuidar do assunto, o STF, no julgamento do Mandado de Injunção 721, 795 e 797, resolveu adotar também uma teoria concretista no sentido de aplicar a Lei 8.213/91 (art. 47), que é a lei que cuida da aposentadoria especial dos celetistas, do setor privado, que cuida da previdência social, que não é o público.

§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Alterado pela EC-000.047-2005)

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física

São semelhantes as duas situações. A norma constitucional não tem a devida regulamentação, como deveria e, como não há um mecanismo para forçar o legislativo a produzir a norma, o que se faz? Vai se adequando no caso concreto.

Dessa forma, a *função jurisdicional de controle, da Administração Pública* tem, além dos aspectos formais de instrumentos específicos para o seu exercício, um elemento fundamental. Sobrepondo sobre qualquer outra carga ou força eficaz de ações e de sentenças, certamente está a mandamentalidade da atuação jurisdicional em face dos entes administrativos. Não foi por acaso que, ao lado das classificações tradicionais (condenatória, declaratória, executiva, constitutiva), se afirmou e se desenvolveu a caracterização das ações, das sentenças e dos atos mandamentais. É através da ordem em relação à Administração Pública que o juiz atua, em forte dose, no controle da mesma. Não basta, em geral, ao juiz da justiça administrativa fornecer títulos executórios ou desconstituir atos; é preciso que ele tenha instrumentos para tomar tudo isso efetivo de imediato, o que ele faz mediante mandamentos.

A plenitude do *controle jurisdicional da Administração Pública* é atingida com a eficácia ou carga de mandamentalidade. As sentenças, mesmo condenatórias, mesmo declaratórias, mesmo desconstitutivas, somam à respectiva

força, à eficácia correspondente, a carga da mandamentalidade. E isso se desenvolve no dia-a-dia da justiça administrativa, na medida em que as liminares são mandamentais, enquanto se identifica, já agora, nas cautelares, não apenas um processo preventivo, tuas um processo que se basta a si mesmo, quando está presente um direito líquido e certo ou, pelo menos, que se torne líquido e certo através da prova específica e, conseqüentemente, existam os elementos para que se decida, desde logo, a questão, mandamentalmente.

É que o ponto absolutamente fundamental, em termos de controle jurisdicional da Administração Pública, é o dos lindes da atuação da Justiça em relação aos atos administrativos.

Vem, como se verificou, desde a citada Lei n. 221, de 1891, o que muito nos honra, a distinção entre o que é legalidade e o que é mérito; entre o que é poder vinculado ou regrado e o que é poder discricionário.

Mas sabemos que qualquer rigidez, neste campo, está hoje implodida, porque, através dos tempos, se foram desenvolvendo as teorias e as práticas que têm permitido o controle da intimidade da atuação administrativa.

Da mera verificação da incompetência, do vício de forma, da ilicitude do objeto, passou-se á aferição do desvio de poder e chegou-se á apreciação da existência fática e jurídica dos motivos. Mas isso não bastou. Foi ainda preciso, para que se completasse o controle da Administração Pública, que se identificasse, ao lado desse tipo, que ainda é controle de legalidade, o controle chamado de legitimidade dos atos.

Haverá, sempre, a possibilidade de existir um núcleo político de opção, que é inerente à chamada reserva administrativa (que existe, assim como a reserva legal). Mas este núcleo está cada vez mais bem delimitado, na medida em que constatamos a realidade de que quem fixa os limites do poder discricionário é o Judiciário; é ele que, afinal, dá a última palavra quanto a se saber se aquela área, que está sendo questionada judicialmente, é uma área que deve ficar reservada ao administrador, ou se é um aspecto que ele deva, também, apreciar.