

# CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: ANOTAÇÕES CRÍTICAS<sup>1</sup>

Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>

## I- NOTAS INTRODUTÓRIAS:

As presentes reflexões pretendem tão somente investigar quais as possibilidades de controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil hoje, notadamente a partir do plexo de direitos e deveres estabelecidos ao Estado e à Sociedade Civil pela Carta Política de 1988. Para tanto, vamos considerar a estrutura institucional de competências federativas que estão postas no sistema jurídico brasileiro e as formas de suas veiculações, mais especialmente no âmbito do seu controle externo.

## II. PERSPECTIVAS DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA:

Temos referido já há bastante tempo que, para a efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito no país, torna-se cada vez mais central o tema dos limites e das omissões do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública.<sup>3</sup> Tal controle, todavia, nunca significou (ou não deveria significar) o abandono ou renúncia de competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, mas, pelo contrário, o resguardo de suas autonomias e independências político-administrativas, ratificando o postulado fundacional que anima a idéia de República, a saber, a garantia de se criar um mecanismo de *chek and balance* entre os Poderes Estatais.<sup>4</sup>

Dentre os mais diversos tipos de controles tradicionais que identificam a República brasileira, o mais destacado, por certo, é o desempenhado pelo Poder Judiciário, o qual, na dicção de Sérgio Ferreira:

---

1 Trabalho apresentado no Encontro Estadual dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, nos dias 24 a 25 de setembro de 2004, na cidade de Gramado.

2 [www.rgleal.com.br](http://www.rgleal.com.br).

3 Ver nosso artigo LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Cívicos de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, pg.959.

4 Neste sentido ver o excelente trabalho de SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999, pg.39 e ss.

*Quando se trata de jurisdição em face da Administração, mesmo com a presença, em pólo da relação processual, das pessoas jurídicas públicas, político-federativas, ou autárquicas 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 função de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentido específicos.*<sup>5</sup>

Entretanto, há outras formas de controle da Administração Pública que foram se desenvolvendo ao longo do tempo, muito mais na esfera federal e estadual do que na municipal<sup>6</sup>. Estamos falando aqui do controle interno, por exemplo.

O controle administrativo interno realiza-se ora pela aplicação do princípio da hierarquia, ora pela atuação de órgãos especializados.

Pelo princípio da hierarquia, pode o órgão superior da Administração em relação aos que lhes são subordinados: rever os atos, delegar e avocar atribuições e aplicar as penas disciplinares previstas em lei. O controle hierárquico pode ser prévio, concomitante ou posterior; faz-se *ex officio* ou mediante provocação<sup>7</sup>.

A crescente complexidade do aparelho estatal, a maior complexidade técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, o que motivou a criação de órgãos e departamentos para auxiliar o controle interno das Administrações Públicas.

Veja-se que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que tange a este controle, assim é que continua ele, em linhas gerais, a traduzir-se na prática de **atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação** dos fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. Provavelmente, a única inovação aqui, defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num *enriquecimento conteudístico*, de *qualidade*, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa, não só os elencados pelo art.37, seus parágrafos e incisos, mas pelo sistema constitucional e infra-constitucional como um todo – notadamente os princípios constitucionais, tudo vinculado à persecução da boa-fé e da confiança (*Vertrauensschutz*), que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico.<sup>8</sup>

A maior experiência em nível de controles do Poder Público, contudo, é no âmbito externo, tema que vamos abordar a partir de um breve evolover histórico e institucional, este potencializado em suas possibilidades operacionais vinculadas à cidadania e ao próprio Estado<sup>9</sup>.

---

5 FERREIRA, Sérgio D'Andrea. *A identidade da função de controle da Administração Pública*. In: *Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 39.

6 Neste sentido ver o trabalho de MACEDO, Heitor. *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*. Rio de Janeiro: Globo, 1966, pg. 28/69.

7 Conforme MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991, pg.49.

8 Ver o trabalho de COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: Revista de Direito Público, n.84: 46-63, p. 46.

9 Não vamos tratar aqui do Controle Externo Parlamentar, eis que não é o objeto do debate central, a despeito de sua configuração constitucional indiscutível, nos termos do art.49, V, da Lei Maior, quando assevera que é competência do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Deixando-se de lado o sabor parlamentarista

### III- O CONTROLE JURISDICIONAL DA CIDADANIA E DO ESTADO LEGISLADOR:

Como decorrência de todos os vetores acima enunciados, de muito se ampliaram as atuações de controle do Judiciário, bem como as pertinentes vias de acesso. Assim, e com simples exemplos: (a) O Judiciário aprecia não mais apenas a lesão, mas também, **qualquer ameaça a direito** (com o que se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) – CF, art.5º, XXXV; (b) As entidades associativas podem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) – CF, art 5º, XXI; (c) Sem prejuízo da letra “b”, supra, a ela aditando o reforço, têm-se o fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art.8º, III); (d) O vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, teve o controle de sua observância depositado nas mãos do cidadão, que conta, para tanto, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo constitucional (CF, art.5º, LXXIII).

Coexistindo com todas essas conquistas, permanecem íntegros, como meios de controle, o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*.

A par da intermediação do Judiciário, tem o cidadão outros meios de controle da Lei Maior, no particular intensamente aprofundado e ampliado, a começar pela disposição genérica do inciso XXXIII do art.5º, da Carta Política, afirmando que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Por força deste comando constitucional, o controle externo da administração pública desborda os limites institucionalmente demarcados, incorporando o povo no processo fiscalizatório e fazendo da participação popular um instrumento político hábil à abertura das inúmeras “caixas pretas” em que, não raro, se constituem os negócios públicos em nosso país, cuja marca de tradição patrimonialista – arquétipo de relações políticas, econômicas e sociais que predispões à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção- herdada da colonização portuguesa, permanece, baldados os inegáveis esforços do legislador em espancá-la com normas plasmadas em nosso Direito positivo.<sup>10</sup>

Em primeiro lugar, assinale-se que, conquanto a Constituição assegure o direito de privacidade (art.5º, particularmente nos incs. X, XI e XII), garante em contrapartida, um *direito à informação* (art.5º, XIV), tutelado, inclusive, por remédio processual constitucional específico – o *habeas data* (art.5º, LXXII). Aliás, no que particularmente diz respeito ao *habeas data*, ressalte-se que, na forma da consagração constitucional, serve ele não só para realizar concretamente o direito à informação, senão também para compeli-la Administração à retificação de dados equívocos ou adulterados, guardados em seus registros.

---

de tal competência, a verdade é que está posta em texto constitucional, sendo, pois, só por isso, dotada de indiscutível validade. Além disso, é preciso proclamar que o constituinte, aqui, “disse menos que queria”, ou do que devia. Sendo o preceptivo indiscutivelmente um meio de resguardo do princípio da separação de Poderes, tem-se, por consequência, que, além dos atos normativos do Executivo, também os atos administrativos se submetem à regra da sustação, do art.49, V. Estamos, pois, em face de fortíssimo procedimento de controle administrativo, que pode ser utilizando, mas, geralmente, não o é tanto.

<sup>10</sup> Conforme tão bem nos lembra FAORO, Rayumndo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989, pg. 28 e ss.

Em segundo lugar, merece referência a circunstância de ter sido o clássico direito de petição (art.5º, XXXIV, “a”), valioso meio de contraste da atuação administrativa, adequadamente regulado e aparelhado. Isto porque, exercitando-se ele por meio de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art.5º, LV).

Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política para o controle da atividade administrativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art.14). Mas, para além dessas conquistas, importa destacar duas inovações controladoras: a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art.31, § 3º); b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as Cortes das Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art.74, § 2º).

Ao lado destes controles da cidadania, temos ainda os controles que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública direta e indireta, nas diversas esferas de poder (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Veja-se que o exercício desta função fiscalizadora, em auxílio ao Poder politicamente responsável pela fiscalização, entretanto, não faz do Tribunal de Contas um órgão subordinado ao Poder que auxilia. Ao contrário, sua ação, bem ainda sua estrutura, independem de quaisquer Poderes do Estado<sup>11</sup>.

Destarte, ainda que caracterizado pela “independência institucional” e “pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo”, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da Administração Pública – auxiliando o Parlamento – agindo de ofício, de modo autônomo, ou com ações especiais realizadas por solicitação deste, sempre que houver entendimento, por parte das casas parlamentares, da necessidade desta atuação. A matéria, de resto, está contemplada exclusivamente nas Constituições Federal e Estadual, tendo esta última, no Rio Grande do Sul, remetido seu disciplinamento ao texto constitucional federal, ao estabelecer, em seu art.70, que:

*A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas e mantidas pelo Estado, quanto à legitimidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts.70 a 75 da Constituição Federal.*

Já o inciso IV, do art.71, do texto Constitucional Federal, comete ao Tribunal de Contas a competência para realizar, inclusive por iniciativa do Poder Legislativo, inspeções e auditores de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes, inclusive nas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Para evitar o equivocado entendimento de que o Vereador, o deputado Estadual, o Deputado Federal e o Senador, são titulares da prerrogativa individual de instar o

---

<sup>11</sup> Ver neste sentido o trabalho de BOLZAN, Romildo & MILESKI, Hélio Saul. *Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: TCE/RS, vol.6, nº9, 1988.

corpo técnico do Tribunal de Contas a realizar determinada ação fiscalizadora alheia às suas rotinas operacionais, mister é que fique esclarecido que é o Poder Legislativo, como instituição, o titular da prerrogativa de solicitar ao Tribunal de Contas o auxílio especial, e não o membro do Poder individualmente. Este, frise-se, deve submeter eventual solicitação ao Plenário, à Mesa, às Comissões Permanentes, Temporárias, Especiais ou de Inquérito. A avaliação em cada caso, da necessidade institucional de acesso aos procedimentos privilegiados e especiais do Tribunal de Contas do Estado, cabe apenas a tais colegiados, como representação do Poder Legislativo<sup>12</sup>.

De acordo com a dicção do art.31, caput, e seu § 1º, da Constituição Federal, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, ou ainda dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Pela dicção do art.71, da Constituição Federal, ao Poder controlado cabe adotar as providências determinadas pelo Tribunal de Contas, podendo, se delas discordar, recorrer ao controle jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário. Tal procedimento, entretanto, não exime a autoridade controlada do cumprimento das determinações oriundas da ação desta Corte, enquanto não houver decisão do Poder Judiciário, prestador de jurisdição sobre o caso.

Assim é que, como regra geral, no direito brasileiro são sujeitos ativos da invalidação o Poder Judiciário e a Administração Pública. O Poder Judiciário poderá invalidar os atos administrativos no curso de uma lide, quando provocado para tanto, dependendo da reação do ordenamento jurídico com relação aos atos viciados. A Administração Pública, por sua vez, é sempre parte interessada na lisura de seus atos e poderá invalidá-los, *sponte própria*, ou quando convocada a fazê-lo, inclusive em face da ordem constitucional, pelo Tribunal de Contas.

De outra banda cumpre mencionar que, pelo fato da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, por força da Emenda Constitucional n.7, de 28 de junho de 1995, ter incorporado expressamente o princípio da motivação como um dos princípios informadores da Administração Pública, isto tem oportunizado ao Tribunal de Contas, através de manifestações de seu corpo funcional, sustentar que solicitações de ação especial que lhe chegam, oriundas de casas parlamentares, devem ser acompanhadas da devida motivação.

Com efeito, não raro encontramos situações em que falta competência institucional à reivindicação à atuação do Tribunal de Contas, por parte do Poder ao qual está afeto o controle externo, oportunidade em que a instituição postulante exorbita de sua prerrogativa; contudo, isto se dá apenas quanto à carência de competência constitucional e não quanto a inexistência de motivação para a solicitação de atuação especial da Corte, isto porque esta é intrínseca à lógica jurídica ensejadora da decisão de pedir auxílio técnico especial nestas circunstâncias.<sup>13</sup>

Dessa sorte, entende-se que as inspeções rotineiras do Tribunal de Contas, nas administrações públicas, para os fins do inciso III, do art.71, da Constituição Federal, devem apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e man-

---

12 Ver aqui o texto de RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.

13 Neste sentido, ver o trabalho de SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

tidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para o cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do aro concessório (grifei); a compatibilidade dos mesmos com o disposto no art.37, e seus incisos, do mesmo diploma legal, inclusive no que respeita às disposições relativas ao estabelecimento de um teto remuneratório para os servidores públicos, e no que concerne com a cláusula contida art.17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No exercício desta competência, deve o Tribunal de Contas, como prevê inc.IX, do art.71, da Constituição Federal: (...) IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (...) (grifei). Deve, ainda, o Tribunal de Contas, - de acordo com o disposto nos incisos seguintes, de números X e XI, *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado...*, e *representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados*.

Este controle culmina, por parte do Tribunal de Contas, com a emissão de um parecer prévio anual sobre as contas apresentadas pelos governantes, encaminhando à casa legislativa respectiva (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras de Vereadores), que fará julgamento de caráter político, podendo acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas. Quanto às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art.71, III, CF), o julgamento é exclusivamente técnico, esgotando-se em termos administrativos na alçada do Tribunal de Contas.

Aliás, a própria Constituição do Rio Grande do Sul estabelece (art.15, caput) o princípio da não intervenção do Estado nos Municípios, ressalvando as hipóteses elencadas nos incisos e parágrafos desta cláusula constitucional, de tal modo que a interferência do Estado (por seus três poderes, cabendo ao Poder Legislativo Estadual apenas apreciar o decreto de intervenção (cuja competência exclusiva à sua expedição é do Governador), ocorre excepcionalmente e tão somente quando: (a) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; (b) não forem prestadas contas na forma da lei; (c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; (d) o Tribunal de Justiça der provimento a representação parta prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial, e para assegurar a observância dos seguintes princípios: a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a probidade administrativa.

O Governador poderá, ainda, decretar a intervenção no Município, de ofício, ou mediante representação de dois terços da Câmara Municipal, ou do Tribunal de Contas, nos casos das alíneas **a**, **b** e **c**, ou mediante requisição do Tribunal de Justiça, no caso do inciso IV, todos do referido art.15, da Constituição Estadual.

Por suposto, resta evidente de todas as opiniões expostas até aqui, que o Senador da República, o Deputado Federal, o Deputado Estadual e o Vereador – como cidadãos e independentemente de deterem ou não a representação eletiva popular desta ou daquela unidade da Federação – podem requerer informações e representar junto aos Tribunais de Contas de todo o Brasil, sejam municipais, estaduais ou federal, em ação decorrente da cidadania militante, arriados no inciso XXXIII, do art.5º, da Constituição Federal, alhures transcrito, ou ainda com amparo no § 2º, do art.74, do mesmo Texto Político, o qual dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (...); e, no caso do Rio Grande do Sul, fundados no art.5º, da Lei

estadual n. 10.547/95, batizada como Lei da Economicidade, o qual dispõe que *o serviço de ouvidoria pública, previsto pelo art.74, § 2º, da Constituição Federal, que funciona junto ao Tribunal de Contas do Estado, será amplamente divulgado e acolherá denúncias fundamentadas de irregularidades.*

Cumpra agora verificar, na perspectiva do controle jurisdicional da Administração Pública, como ela se estrutura no país, o que vamos fazer dando destaque ao tema da discricionariedade administrativa enquanto questão de difícil apreensão e operacionalidade conjuntural.

#### **IV. O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE:**

A gênese da discricionariedade administrativa remonta aos umbrais da Idade Moderna e do Estado Liberal, quando havia identidade absoluta entre Direito e lei, à época do triunfo e do apogeu do princípio da legalidade. Deste período em diante, as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, reagindo contra os abusos deste último, começaram a contar com uma certa tensionalidade especial, notadamente para frear os impulsos arrecadatórios e intervencionistas que marcaram a fase anterior<sup>14</sup>, situação que foi facilitada com os limites normativos impostos às ações estatais, reduzindo em muito o seu âmbito subjetivo.

Estes marcos normativos, não obstante seu papel fundamental de contentor do absolutismo monárquico, não se mostraram por si só suficientes para deter ou prevenir os abusos da Administração em seu evoluir, nem se revelaram aptos, como de fato não o poderiam ter sido, concebidos que foram com o fim de fortificar os Parlamentos, para conter os excessos dos legisladores<sup>15</sup>.

De qualquer sorte, a partir da Idade Moderna sabemos que falar em Administração Pública significa atrelar a ela a noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os comandos gerais (principiológicos) previstos explícita ou implicitamente no sistema jurídico como um todo.

Esta moderna compreensão filosófica da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o conseqüente adensamento ao princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública<sup>16</sup>.

Neste diapasão, entendendo-se por atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e

14 RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981, pg. 34 e ss.

15 Como muito bem demonstra MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. V.I. Buenos Aires: Depalma, 1990, pg.29 e ss.

16 Ver sobre este debate o trabalho de MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995, pg.98.

aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, a verdade é que, em todas estas situações, estamos diante, sempre, de possibilidades plurisignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei.<sup>17</sup>

A despeito desta natureza reflexiva da norma e do próprio sistema jurídico, é a construção jurisprudencial e doutrinária desde o Direito Liberal mais clássico, bem como a consequente positivação de princípios jurídicos (gerais de direito e de direito<sup>18</sup>), que suscitaram a eclosão de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos normativos vinculados dos atos administrativos – ainda que de forma totalitária<sup>19</sup> –, ora a subtrair do âmago da discricionariedade situações tradicionalmente nela inseridas, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, para finalmente desembocar nas teorias referentes a redução da discricionariedade a zero<sup>20</sup>.

Passo posterior a este em termos de modelos ocidentais (que nos interessam aqui) é o que viabiliza a possibilidade de um controle jurisdicional nos redutos indevassáveis e intocáveis da Administração Pública, antes intangíveis, da discricionariedade administrativa, para além dos limites da legalidade estrita, com a adoção de outros critérios, como, por exemplo, os da proporcionalidade e da razoabilidade, atingindo efetivamente os casos especiais e concretos de comportamentos estatais, e dando a eles tratamento individualizado (ainda que não ponderando questões mais axiológicas e deontológicas assaz presentes a partir do século XX – ao menos de forma mais explícita – na formatação dos sistemas jurídicos ocidentais e nas suas interpretações/aplicações)<sup>21</sup>.

João Caupers<sup>22</sup> ressalva que a persistência da idéia da possibilidade da escolha, como nota caracterizadora da discricionariedade, longe de eliminar a noção de parametricidade, a ela conduz. A parametricidade desta escolha subentende uma concepção positiva da discricionariedade, cuja essência, segundo o critério material, radica na *ponderação valorativa do interesse público*, este já delimitado pelo próprio sistema jurídico como um todo (constitucional e infra-constitucional). É preciso fazer uma opção que promova a consecução do interesse público contemplado no sistema, em razão do qual se confere a discricionariedade.

Já na perspectiva de Carabba, vê-se um critério material em função da liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto, adotado para definir a discricionariedade.

---

17 Ver o trabalho de LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pg.118 e ss.

18 Como muito bem diferencia GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

19 Haja vista a experiência dos países da antiga União Soviética, viabilizando ao Estado uma liberdade de ação demasiadamente autoritária, em nome de um interesse público previamente definido. Ver o texto de BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2001.

20 Prioridade de um modelo de sociedade e mercado que se pretendem livres da coerção interventiva do Estado, consoante explanação de FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992, pg.51 e ss.

21 Ver CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Ver também o trabalho de BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

22 CAUPERS, João. *Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial*. In Revista de Direito Público, vol.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pg.49/72.



dade como a liberdade de valoração ou apreciação pela Administração do interesse público no caso concreto<sup>23</sup>.

Na dicção de Gianinni<sup>24</sup>, por sua vez, com uma perspectiva mais restritiva, a discricionariedade administrativa não pode perder de vista a consecução do interesse público primário – ou interesse público geral, definido na ordem jurídica. No entanto, durante sua atuação, deverá sopesar os interesses secundários – públicos e privados que merecem ser levados em conta ou merecem ser sacrificados para a satisfação do interesse público primário. Denomina de primário, o interesse público que uma autoridade tem no seu rol de atribuições ou de competências, e secundários, para aquela autoridade, os demais interesses que se encontram no tecido social, sem se preocupar muito com os aspectos políticos e valorativos que estão presentes aqui.

Segundo Marzuoli<sup>25</sup>, o fenômeno discricionário se especifica e consiste na determinação daquela decisão que, em uma dada situação, corresponde à consecução do interesse público, mediante uma comparação e atribuição de valor aos distintos interesses, ponderando, pois, sobre as bases axiológicas que estão presentes sempre na ação estatal, explícita ou implicitamente.

Em face de tais considerações, temos que a discricionariedade não pode mais ser compreendida como âmbito neutral sob o prisma da política e do político, mas, pelo contrário, encontra-se imersa neles, eis que se pauta pela eleição temporal, espacial e substantiva da ação estatal, através dos governantes – enquanto agentes políticos concretizadores dos interesses públicos. Por tal perfil, a discricionariedade administrativa se evidencia como a exteriorização cotidiana (e não excepcional) dos atos de governo, fundados ou não em prévios dispositivos normativos autoritativos destes comportamentos, matéria que não pode ficar imune à sindicabilidade e controles dos Poderes Estatais.

A concepção de discricionariedade traduzível na impossibilidade de controle institucional e social, concebida à época em que o Direito se identificava com uma legalidade restritiva e gramatical, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a uma nova compreensão contemporânea de Estado Gestor vinculado a um sistema jurídico como plexo de valores em potencial estado de concretização.

Ademais, o núcleo central da discricionariedade, para nós, não se esgota no aspecto político do ato administrativo imune à revisão institucional ou social, perfazendo-se com a conjugação daqueles três elementos já referidos: *o complemento da previsão aberta da norma, a margem da livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes, balizada pela ordem normativo-axiológica vigente*.

Mais especialmente no que tange ao controle jurisdicional, podemos afirmar que, se há no novel sistema jurídico brasileiro um cenário mais ampliado de direitos e garantias, públicos e privados, cuja responsabilidade à efetivação e controle é compartilhado subjetiva e materialmente por todos os atores sociais envolvidos, o Estado Juiz pode e deve (como qualquer outro Poder de Estado) fazer operar o que podemos nominar de *controle de jurisdição* da Administração Pública, entendido aqui como aquele que abrange o exame da conformidade dos elementos vinculados da ação estatal com a lei (controle da jurisdição *latu sensu*), no sentido mais amplo do seu termo, aqui envolvendo toda o plexo axiológico que a compreende (notadamente o constitucional), e o da

---

23 CARABBA, Manin. *La valutazione e il controllo strategico*. In Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni. Milano: Giuffrè Editore, 2004, pg.45/62.

24 GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Terza edizione, Giuffrè, 1988, pg.39.

25 MARZUOLI, Ricardo. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p.164.

compatibilidade dos elementos discricionários pertinentes a todas as ações estatais (umas de forma mais intensa, outras de forma menos intensa) com este plexo valorativo (controle da jurisdição *stricto sensu*).

Assim, estamos dizendo que há no país hoje a possibilidade de exercitar o Poder Judiciário um controle jurisdicional de jurisdição *latu e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos desta ação (ato) administrativa, vale dizer, sobre a valoração administrativa que envolve os juízos de motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Enquanto o controle de legalidade *latu sensu* compreende a verificação da correspondência entre os elementos da competência e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e objetos do ato<sup>26</sup>, o controle de jurisdição em estrito senso, consiste no exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo, predominantemente discricionário em face do plexo axiológico a que está jungido<sup>27</sup>.

Estes temas não têm sido debatidos com a devida seriedade hoje, eis que a doutrina jus-administrativista brasileira hegemônica tem resistido aos vários tipos de controles que referimos anteriormente, notadamente o judicial. Para autores como Germana de Oliveira Moraes, esta é também uma questão cultural, eis que desde o Império o tema da Administração Pública sempre esteve restrito aos corredores palacianos e distante do controle político e jurídico vigentes.<sup>28</sup>

Robert Alexy<sup>29</sup> afirma que o caráter do princípio da discricionariedade implica a máxima da proporcionalidade, e esclarece que este princípio, com suas três máximas parciais de adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno), e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito), infere-se logicamente de sua natureza política e jurídica, a saber, desta se deduz.

Veja-se que este princípio da proporcionalidade surge bem cedo na jurisprudência da Corte Administrativa Suprema da Prússia (1892), que verificava, consoante registra Michel Fromont, se as decisões de polícia eram necessárias. Assinala ainda esse autor que na doutrina alemã, Otto Mayer, Walter Jellinek e Fritz Fleiner, cuidaram dos limites do exercício do poder de polícia, a partir de formulação de critérios correspondentes a dimensões da proporcionalidade: excesso de poder, inaptidão, insuficiência, nocividade e necessidade, às quais se acresceram, a partir da Lei Fundamental de 1949, de uma nova, a saber, se a medida tomada era proporcional ao fim perseguido<sup>30</sup>.

Consoante registro de Forsthoff<sup>31</sup>, era fácil generalizar esta regra, pois, mesmo quando não se queria impedir o Estado de realizar seus fins, a Constituição protegia

---

26 Tal estrutura de compreensão da legalidade do ato e suas possibilidades de aferição pode ser apreendida do texto de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

27 Tal perspectiva já é antiga em termos de doutrina na cultura jurídica Ocidental, haja vista a posição de QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952, pg.21.

28 Ver o excelente trabalho de MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

29 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pg.118.

30 FROMONT, Michel. *L'Etat moderne et l'administration*, Paris: LGDJ, 1997, pg.92.

31 FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Druma, 1994.

com tanta insistência a livre expressão da pessoa, que não se admitia ao legislador ou à Administração impor à liberdade restrições que excedessem ao que fosse necessário para se atingir o fim justificadamente público perseguido.

Hartmut Maurer<sup>32</sup> informa que, atualmente, na jurisprudência administrativa tedesca, o princípio da proporcionalidade aplica-se antes de tudo aos atos administrativos que impõem uma obrigação ou uma sujeição aos interesses privados, cuidando para que a relação entre os fins e os meios utilizados para tanto guardem um equilíbrio o menos oneroso àqueles.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>33</sup>, em época já remota, nada justifica, no Estado de Direito, a figura dos atos políticos em oposição aos atos administrativos. Confira-se:

*Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumpre estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.*

Sustenta, todavia, parte da doutrina tradicional<sup>34</sup> especializada, serem os atos políticos insuscetíveis de controle jurisdicional, exatamente por envolverem matéria política, mérito político. Sua apreciação judicial é admitida tão-somente quando argüídos de lesivos a direito individual.

Esse entendimento, com a máxima vênia, contraria frontalmente o sistema jurídico como um todo, notadamente a Constituição que, em nenhuma parte enuncia a vedação entrevista. Muito pelo contrário, consagra no art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e nos arts. 102, I, a; II, a e b; III, a, b e c; e 103, § 2º, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da supremacia constitucional (pela ordem, a ação direta de inconstitucionalidade, o recurso ordinário, o recurso extraordinário, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliando-se aqui o novel instituto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99, diploma regulador do art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, transcorridos já mais de 11 anos de sua entrada em vigor<sup>35</sup>).

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Ao fim e ao cabo, a título de conclusões preliminares sobre esta matéria tão candente, temos que todo e qualquer ato praticado pelo governo – seja político ou não

---

32 MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

33 MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pg.82.

34 Miguel Seabra Fagundes, em sua obra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. José Cretella Júnior, no texto *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

35 Ver o artigo de SARLET, Ingo. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos*. In Revista AJURIS, vol.84. Porto Alegre: RTJRS,

(tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em consequência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão atinente à consecução dos direitos e garantias da sociedade brasileira, conectada aos seus poderes/deveres institucionais, pode ser subtraída de sua apreciação<sup>36</sup>.

Estamos sustentando que, no Estado Democrático de Direito previsto para o país, torna-se inadmissível atividade isenta de controle jurisdicional, não só quando viola direitos, mas também – ante a garantia da constitucionalidade – quando contraria princípios fundamentais e preceitos constitucionais. Portanto, impõem-se afirmar que não há ato estatal insindicável pelo Poder Judiciário ou pelas formas institucionais de controle existentes, desde que viole direitos ou represente potencial risco às garantias asseguradas pelo sistema jurídico pátrio – através de suas regras e princípios fundacionais.<sup>37</sup>

Significa dizer, com Engisch, que há uma certa discricionariedade jurisdicional neste particular, porém, ela não é livre e tampouco se encontra no âmbito meramente subjetivo do magistrado,

*Trata-se antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual, todavia, não é uma valoração pessoal, mas uma valoração objetivamente válida. A valoração que aqui se realiza não precisa ser necessariamente uma valoração estritamente pessoal do julgador. Pode antes significar que este (órgão apreciador do Direito) deve indagar e determinar valorações prévias da generalidade das pessoas ou de determinados círculos.*<sup>38</sup>

Não estamos, com isto, defendendo teses de ativismo judicial ou devassa do princípio igualmente constitucional da independência dos Poderes do Estado, mas lhe dando conformação constitucional consentânea aos valores, finalidades e objetivos previstos pela própria Carta Política, garantindo, em sede de controle (*check and balance*) todo o necessário procedimento de participação dos sujeitos envolvidos, bem como a interlocução insita ao devido processo e a ampla defesa, sob pena de esvaziarmos a eficácia social das conquistas democráticas alcançadas pela via da ordem institucional e representativa hodierna, como aliás, desafortunadamente, tem-se comportado boa parte da jurisprudência pátria<sup>39</sup>.

---

36 Já trabalhei este tema no livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

37 Neste passo, ver o trabalho de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

38 ENGISCH. Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2000, pg.175. Ver também o texto de DWORKIN, Ronald. *The Judge's new role: should personal conviction count?*. In *Journal of International Criminal Justice*. Vol.37. England: Oxford Press University, 2003, pg.19/37.

39 Pelo que podemos ver nos termos do Acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Rel. Min. Adhemar Maciel, no Rec. Especial nº 63.128-9, oriundo de uma ação civil pública promovida com o fito de obrigar o Governo Goiano a construir um centro de recuperação e triagem para adolescentes infratores, onde encontramos afirmações como as que seguem: *A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são dirigentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos) e para o Judiciário (atualização constitucional). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada*

**VI – BIBLIOGRAFIA:**

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOLZAN, Romildo & MILESKI, Hélio Saul. *Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: TCE/RS, vol.6, nº9, 1988.
- BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2001.
- CARABBA, Manin. *La valutazione e il controllo strategico*. In Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CAUPERS, João. *Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial*. In Revista de Direito Público, vol.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pg.49/72.
- COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: Revista de Direito Público, n.84: 46-63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CRETELLA JR., José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *The Judge's new role: should personal conviction count?*. In Journal of International Criminal Justice. Vol.37. England: Oxford Press University, 2003, pg.19/37.
- ENGISCH, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2000.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FAORO, Rayumndo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989.
- FERREIRA, Sérgio D'Andrea. *A identidade da função de controle da Administração Pública*. In: Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Druma, 1994.
- FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- FROMONT, Michel. *L'Etat moderne et l'administration*. Paris: LGDJ, 1997.
- GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Terza edizione, Giuffrè, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- MACEDO, Heitor. *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*. Rio de Janeiro: Globo, 1966.
- MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. V.I. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MARZUOLI, Ricardo. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952.
- RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981.
- SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999.
- SARLET, Ingo. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos*. In Revista AJURIS, vol.84. Porto Alegre: RTJRS, 1998.
- SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.