

Direito Administrativo II:

Ponto 1: Controle da Administração Pública



Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), agosto de 2018.

SUMÁRIO DE AULA

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Pressupostos do Controle da Administração Pública

- a) Fundamentos do Controle
- b) Conceito Dogmático
- c) Controle Social

2. Características Gerais

- a) Quadro das Dimensões do Controle
- b) Panorama das Tipologias de Controle

3. Controle Interno da Administração Pública

- a) Conceito de Controle Interno
- b) Sistema de Controle Interno
- c) Supervisão Ministerial

4. Controle Externo pelo Poder Legislativo

- a) Dimensões do Controle
- b) Controle Parlamentar Direto
- c) Controle pelos Tribunais de Contas

5. Controle Externo pelo Poder Judiciário

- a) Fundamento e Abrangência
- b) Mecanismos de Ação
- c) Amplitude do Controle Jurisdicional
- d) Judicialização de Políticas Públicas

6. Caso Prático

7. Referências

1. Pressupostos do Controle da Administração Pública

(a) Fundamentos do Controle

- “É necessário que, pela natureza das coisas, o poder detenha o poder” (Montesquieu)
- **Estado Democrático de Direito**
 - Tripartição das funções estatais – *checks and balances*
 - Participação e contestação – *transparência e combate à corrupção*
 - Império da juridicidade – *legalidade e legitimidade das atividades públicas*
 - *tutela do mérito, economicidade e eficiência*
 - *responsabilização do agente público*

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à administração.

(b) Conceito Dogmático

- “(...) pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico” (DI PIETRO, 2014).
 - Percepção institucionalizada (controles burocráticos da burocracia)
 - Lógica de contraposição SOCIEDADE x ADMINISTRAÇÃO
 - O problema da ineficiência (*paralysis by analysis*)
 - Quem controla os controladores?

1. Pressupostos do Controle da Administração Pública

(c) Controle Social: nova fronteira sobre o controle da Administração?

➤ Teoria Participacionista (Teoria Democrática)

- Percepção centrada na participação social
- Lógica da interação (SOCIEDADE + ADMINISTRAÇÃO)
- Administração como esfera pública privilegiada

➤ Mecanismos de Participação

- Instrumentos de controle social de políticas públicas
- Envolvimento da sociedade civil em políticas públicas
- Processos participativos em todas as fases: formulação, implementação e controle de metas

* Fonte: (GURZA LAVALLE; ISUNZA VERA, 2012)

Controle social

- Contraposto ao controle institucionalizado
- São meios para mobilizar entes institucionais de controle (MEDAUAR, 2015:442), **sem força cogente**.
- Passeatas, abaixo-assinados, imprensa em geral etc.. Lei 12.846/2013 como resposta às manifestações populares de meados de 2013.

2. Características Gerais

(a) Quadro de Dimensões do Controle

Perguntas diretivas			Tipo de Controle	
Quem controla?	Poder Executivo		Auto controle ou Controle Interno	
	Judiciário e Legislativo		Controle Externo	
	Sociedade Civil		Controle Social	
Quando controla?	Antes da publicação do ato administrativo		Controle Prévio	
	Sobre o ato existente		Controle Posterior	
Quanto controla?	Compatibilidade formal		Controle de Legalidade	
	Conveniência e oportunidade		Controle de Mérito	
O que controla?	Atividade		Legitimação ou não da atividade	
	Agente Público		Determinação das responsabilidades	

2. Características Gerais

(b) Panorama das Tipologias de Controle

- **Controle INTERNO:** Própria Administração Pública como dever-poder de autotutela
 - **Abrangência:** Legalidade e mérito (conveniência e oportunidade)
 - **Formas:** Fiscalização hierárquica; supervisão ministerial; e, recursos administrativos
- **Controle EXTERNO:** Poderes Legislativo e Judiciário sobre a Administração Pública
 - **Legislativo:** Controle da legalidade, legitimidade e economicidade (mérito)
 - Dimensão política (CF, arts. 49, V; 50; e, 58, § 3º)
 - Dimensão financeira com auxílio dos Tribunais de Contas(CF, arts. 70 a 75)
 - **Judicial:** Controle da legalidade em sentido amplo
 - **Atos Vinculados:** conformidade com a lei
 - **Atos Discricionários:** proporcionalidade e razoabilidade

3. Controle Interno da Administração Pública

(a) Conceito de Controle Interno

*“Dever-poder imposto ao próprio **Poder*** de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria...” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1204).*

➤ **Dever-poder genérico** que alcança qualquer autoridade administrativa: **dever de regularidade dos atos administrativos**

- Principais formas:

Autotutela ou tutela	Pareceres Vinculantes
Recursos Administrativos	Ouvidorias
Controle Hierárquico	Controle Financeiro
Inspeção, auditoria e correição	Controle de gestão
Supervisão	Procedimento Administrativo de Responsabilização

Súmula 346 STF (1963): *A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*

Súmula 473 STF (1969): A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Lei Federal nº 9.784/99, art. 53: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

3. Controle Interno da Administração Pública

➤ Controle interno como apoio ao Controle Externo

- Competência orgânica específica (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1209)
- Necessidade de procedimentalização e rotinas de controle
- Criação de um órgão autônomo de controle interno: *“Não bastasse isso, tem se tornado cada vez mais frequente a estruturação, dentro de cada ente estatal, de órgãos especializados em controle interno e que agem paralelamente aos órgãos executórios”* (MARRARA, 2016)
- Controle da qualidade do gasto público: definição de metas e avaliação de resultado

Constituição Federal

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de **controle interno** com a finalidade de:

I.- avaliar o **cumprimento das metas** previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II.- comprovar a legalidade e **avaliar os resultados**, quanto à **eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

IV - **apoiar o controle externo** no exercício de sua missão institucional.

3. Controle Interno da Administração Pública

(b) Sistema de Controle Interno

➤ **Comunicado SDG nº 35/2015 do TCE/SP**

- Um órgão de controle interno para cada Município e entidade descentralizada do Estado
- Cada entidade da Administração Indireta deve ter o seu próprio sistema
- O órgão deve ser ocupado por servidores de cargo com provimento efetivo:
 - autonomia e ausência de subordinação hierárquica para estes fins
 - acesso direto e responsabilidades perante o Tribunal de Contas
- Criação de normas e procedimentos rotineiros para controle
- Integração do SCI com todas as autoridades da hierarquia administrativa

*“...é dever dos gestores **municipais e estaduais**, por meio de normas e instruções, instituir, se inexistente, e regulamentar **a operação do controle interno**, de **molde que o dirigente disponha de informações qualificadas para a tomada de decisões**, além de obter mais segurança sobre a legalidade, legitimidade, eficiência e publicidade dos atos administrativos cancelados, sem que existam razões para alegar desconhecimento. É primordial que o controle interno seja **instituído e atue de fato.**”*

3. Controle Interno da Administração Pública

(c) Supervisão ministerial

- Tutela exercida pela Administração Direta sobre a Administração Indireta

Autotutela: controle administrativo interno, exercido por determinada entidade administrativa sobre seus próprios órgãos.

- Decorre da hierarquia e subordinação
- Independe de previsão legal
- Recurso hierárquico próprio

X

Tutela: controle exercido pela **Administração Direta** sobre a Administração **Indireta**.

- Decorre da relação de vinculação finalística (lei criadora ou autorizadora)
- Depende de previsão legal expressa
- Recurso hierárquico impróprio

- Controle finalístico quanto aos objetivos da atividade desempenhada

Decreto Lei 200/1967.

Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a **supervisão ministerial** visará a assegurar, essencialmente:

I.- A **realização dos objetivos** fixados nos atos de constituição da entidade.

II.- A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

4. Controle Externo pelo Poder Legislativo

(a) Dimensões do Controle

➤ Controle Político

- Critérios preponderantemente políticos
- Exercido sobre atos de governo

➤ Controle Técnico

- Critérios preponderantemente financeiros
- Exercido com auxílio dos Tribunais de Contas

*“... aquele exercido pelo Poder Legislativo sobre os atos do Poder Executivo, a partir de **critérios políticos ou financeiros** e nos limites fixados pelo texto constitucional.” (OLIVEIRA: 2015).*

(b) Controle Parlamentar Direto (Político)

➤ Principais manifestações:

- Sustação de atos normativos (art. 49, V, da CF):
- Comissões parlamentares de inquérito – CPI's (art. 58, § 3º da CF/88):
- Pedidos escritos de informação (art. 50, § 2º da CF/88):
- Convocação para comparecimento (art. 50 da CF/88):
- **Julgamento anual das contas da Presidência da República (art. 49, CF/88)**
- **Fiscalização de atos da Administração direta e indireta (art. 49, X, CF/88):**
- **Controle financeiro (art. 70, da CF/88)**

**Controle
político de
fundamento
técnico-jurídico**

4. Controle Externo pelo Poder Legislativo

(c) Controle pelos Tribunais de Contas (Financeiro)

➤ Inserido no capítulo do I do Título IV (Poder Legislativo)

- Apesar disso, não é órgão do Poder Legislativo
- Exerce função administrativa (apesar de ser “tribunal”) de natureza técnica ;
- Exerce sua função mediante devido processo legal;
- Por isso, **a validade de seus atos está sujeita à apreciação do poder judiciário;**

➤ Características dos Tribunais de Contas

- Instituição estatal independente
 - Seus membros têm garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, § 3º)
 - Confere suporte técnico ao controle realizado pelo Poder Legislativo
 - O controle é de **natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial**
 - Não é político
 - Não é de conveniência e oportunidade
-

4. Controle Externo pelo Poder Legislativo

Constituição Federal

Art. 70. A **fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da **União** e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, **será exercida pelo Congresso Nacional**, mediante **controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, será exercido **com o auxílio do Tribunal de Contas da União**, ao qual compete ...

- **Abrangência:** Não exerce controle sobre a discricionariedade/oportunidade (OLIVEIRA, 2015):
- **legalidade:** exame da compatibilidade formal do ato com a lei;
 - **legitimidade:** adequação do ato com os princípios do ordenamento jurídico (juridicidade);
 - **economicidade:** relação de custo-benefício da medida adotada.
-

5. Controle Externo pelo Poder Judiciário

(a) Fundamento e Abrangência

➤ Art. 5º, inciso XXXV da CRFB – inafastabilidade da jurisdição

➤ Jurisdição Una *versus* contencioso administrativo

➤ O controle jurisdicional da Administração Pública, no Brasil, abrange todos os atos jurídicos e operações materiais da Administração, bem como a omissão ou inércia:

- Razoável duração do processo (Art. 5º, inc. LXXVIII)

As grandes questões do controle jurisdicional:

Amplitude do controle

Judicialização de Políticas Públicas

(b) Mecanismos de Ação

Habeas Corpus

Habeas Data

Mandado de Segurança Individual

Mandado de Segurança Coletivo

Mandado de Injunção

Ação Civil Pública

Ação Popular

CRFB, art. 5º, inciso LXVIII

CRFB, art. 5º, inciso LXXII e Lei nº 9.507/1997

CRFB, art. 5º, inciso LXIX e Lei nº 12.016/2009

CRFB, art. 5º, inciso LXX e Lei nº 12.016/2009

CRFB, art. 5º, inciso LXIX e Lei nº 13.300/2016

CRFB, art. 129, inciso III e Lei nº 7.347/1985 CRFB,
art. 5º, inciso LXXIII e Lei nº 4.717/1965

5. Controle Externo pelo Poder Judiciário

(c) Amplitude do Controle Jurisdicional: tendência à ampliação

CONTROLE RESTRITO

- O controle se **circunscreve à legalidade**, entendida de modo restrito;
- **Impossibilidade de ingerência do Judiciário** em atividades típicas do Executivo (separação de poderes);
- O **Judiciário aprecia somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto. Não adentra ao mérito.**

X

CONTROLE AMPLO

- O controle **ultrapassa à legalidade** em sentido estrito, alcançando também a legitimidade (**juridicidade, princípios**);
- O judiciário analisa também:
 - **o motivo do ato** (teoria dos motivos determinantes)
 - **a finalidade do ato** (teoria do desvio de poder)

➤ Dogma da imunidade do mérito do ato administrativo

Lei nº 221/1894:

"Art. 13. ... § 9º ... a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;

Constituição de 1891 ... Constituição de 1934 ... Constituição de 1937

...

Constituição de 1946

"Art 141. ... § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"

...

Constituição de 1967 (ECM 1969)

"Art 150. ... § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual"

...

Constituição de 1988

"Art. 5º. ... XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

5. Controle Externo pelo Poder Judiciário

(d) Judicialização de Políticas Públicas

➤ Controle ou Ativismo?

- limite entre a preservação da inafastabilidade da jurisdição e a usurpação de funções administrativas pelo poder judiciário

➤ CRFB/1988 e as ações para tutela de interesses difusos e coletivos: novo cenário ampliou a demanda pela intervenção do poder judiciário.

- Fortalecimento do papel do Ministério Público;
- Fortalecimento do papel da Defensoria Pública;
- Ampliação do rol de legitimados ativos nas ações desta natureza.

"Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). (...) Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento".

(STF: Processo 02399-01. Relator: Min. GILMAR MENDES. Tribunal Pleno. Publicado em 30/04/2010).

6. Caso Prático – Judicialização e extensão do controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário

As decisões administrativas e governamentais sobre a gestão orçamentária obrigam o administrador, de modo geral, à observância da legalidade e aos preceitos constitucionais específicos, sendo-lhe assegurada a conveniência e a oportunidade no endereçamento das verbas públicas

Pergunta-se: pode o Poder Judiciário intervir na gestão orçamentária para determinar medidas em relação à alocação de recursos?

STF. ADPF 347 MC/DF (...) Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas Estruturais – Estado de Coisas Inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Fundo Penitenciário Nacional – Verbas – Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

7. Referências

- FIGUEIREDO, Argelina Cheibud; FIGUEIREDO, Marcus. *O plebiscito e as formas de governo*. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA VERA, Ernesto. *Arquitetura da participação e controles democráticos no Brasil e no México*. Novos estud. - CEBRAP no.92 São Paulo Mar. 2012. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002012000100007>. Acesso em 05 ago 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARRARA, Thiago. Controle Interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZALÉZ, Jorge Agudo (orgs.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016, pgs. 45-65.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora RT, 2015
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Editora RT. 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- Comunicado SDG nº 35/2015 do TCE/SP - Sistema de Controle Interno. Disponível em <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-comunicado-sdg-no-352015-sistema-de-controle-interno>. Acesso em 05 ago 2016.