
O CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS MECANISMOS*

VITOR RHEIN SCHIRATO**

SUMÁRIO: *I. Considerações Iniciais; II. Poder, Função, Competência e Controle; III. As Diversas Classificações de Controle; IV. Controle Interno da Administração Pública; IV.1. Autotutela; IV.2. Recurso Administrativo; IV.3. Poder Hierárquico e Tutela; IV.4. Controle de Gestão e Controle Contratual; IV.5. Inspeções, Auditorias e Correição; IV.6. Controles Financeiro e Orçamentário; IV.7. Ouvidorias; IV.8. Pareceres Vinculantes; IV.9. Controle Societário; V. Limites ao Controle da Administração Pública; VI. Observações Finais; Bibliografia*

RESUMO: o objetivo do presente estudo é apresentar algumas considerações sobre os mecanismos de controle da Administração Pública existentes em sua própria estrutura.

PALAVRAS-CHAVE: controle da Administração pública; legalidade; órgãos de controle.

ABSTRACT: the scope of this essay is to present a brief overview of the existing mechanisms in Brazil of control of the Public Administration located in its own structure.

KEYWORDS: control of the Public Administration; legality; controlling structure.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS DO ESTADO DE DIREITO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MONTESQUIEU, em momento de profundas reflexões sobre a configuração do Estado ideal, no qual fosse exercer seus direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, conviver harmonicamente, afirmou que *“a liberdade política encontra-se somente nos governos moderados. Mas nem sempre está nos Estados moderados; ela existe somente*

* Este texto é dedicado à PROFESSORA ODETE MEDAUAR, verdadeiro ícone do Direito Administrativo Moderno, norteado pelos valores democráticos, imperativos a qualquer sociedade que se pretenda desenvolvida, e ferrenha defensora da evolução do pensamento jurídico.

** Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. LL.M. em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU. Advogado em São Paulo.

quando não se abusa do poder. Mas constitui experiência eterna o fato de todo homem que detém poder ser levado a dele abusar; avança até onde encontra limites”¹.

Como se sabe, a obra de Montesquieu adotava metodologia essencialmente empírica, tendo sido elaborada com base na análise, realizada pelo autor, de inúmeras formas de governo existentes em sua época. Nesses quadrantes, percebeu o autor que somente seria possível falar em liberdade política se o detentor do poder (no caso, o soberano) tivesse seu poder limitado, eis que suas análises demonstraram que o detentor de um poder tende a dele abusar, exercendo-o até onde encontra limites.

Nesta perspectiva, assentou o autor a pedra fundamental para a teoria da *Tripartição de Poderes*, ou seja, a repartição do poder estatal em diferentes pessoas, de forma que a um determinado órgão estatal competisse criar as leis (Poder Legislativo), a outro órgão competisse executar as leis (Poder Executivo) e a um último órgão competisse julgar o cumprimento das leis (Poder Judiciário).

Em manifestações contemporâneas a MONTESQUIEU, ROUSSEAU, em um primeiro momento, em sua célebre obra *O Contrato Social*, e IMMANUEL KANT, em um segundo momento, por meio de suas obras *Crítica da Razão Pura* e *Crítica da Razão Prática*, afirmam a necessidade da existência da lei oriunda da vontade geral como mecanismo essencial para limitar as liberdades dos indivíduos e, assim, criar-lhes obrigações. Daí surge a ideia de *legalidade* da ação estatal, ou seja, a ideia de se exigir compatibilidade entre limitações impostas pelo Estado aos indivíduos e as determinações constantes de leis previamente aprovadas por mecanismos democráticos.

Neste contexto, surge, no âmbito da Revolução Francesa, a Lei do 1º de Pluviose do Ano VIII. Esta lei, como bem narra CAIO TÁCITO², fincou as bases do Princípio da Legalidade do Direito Administrativo, pois determinou que o Estado

¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, São Paulo: Edipro, 2004, trad. Edson Bini, p. 188.

² TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 1.

também se submete à lei, quebrando o paradigma do *antigo regime* no qual a lei era ditada pelo soberano que a ela não se submetia.

Por evidente, ao determinar uma disposição legal que o Estado se submete à lei, foram determinados os lindes da ação estatal, pois o Estado passa a também guardar uma relação de obediência à lei e, portanto, deve obedecer aos limites por ela impostos. Via de consequência, se limites são impostos à ação do Estado, há que ser criado, também, mecanismos para assegurar o cumprimento desses limites. Surge, então, a necessidade de *controle* da ação estatal, naquele momento exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário.

É neste sentido que afirma FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

*“Quando a vontade individual dos governantes passa a se submeter à ordem jurídica, o poder estatal passa a ser limitado e pode então ser controlado pelos seus destinatários”.*³

Ideias muito semelhantes àquelas manifestadas no iluminismo francês e postas em prática na Revolução Francesa são encontráveis nos documentos produzidos no âmbito da Revolução Americana, durante o movimento de independência das 13 colônias inglesas da América do Norte. Dentre tais documentos, avulta-se a Constituição Norte-Americana, produzida pelos denominados “*founding fathers*” dos Estados Unidos da América. No artigo 1º de tal Constituição vem tratada a tripartição de poderes, representante da ideia de *checks and balances*, ou seja, de freios e contrapesos entre os poderes.

Assim, o pensamento iluminista cria duas bases essenciais do Estado de Direito: a submissão do Estado à lei e a submissão do detentor do poder ao controle exercido pelo Poder Judiciário.

Como bem observa ODETE MEDAUAR, o Direito Administrativo apenas pode ser considerado existente a partir do advento do assentamento de tais bases

³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública*, in MODESTO, Paulo (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 198.

essenciais⁴. Segundo a autora, apenas com o destacamento da Administração Pública dos demais poderes estatais – e a consequente submissão dela ao controle do Poder Judiciário – e com a submissão do Estado a regras jurídicas é que se pode falar na existência de um conjunto de regras específicas que constitui o Direito Administrativo.

As ideias de tripartição de poderes e submissão do Estado à lei permearam praticamente todos os textos constitucionais editados após a Revolução Francesa, transformando-se em verdadeiro pilar das sociedades ocidentais.

Não obstante estar calcada nas bases dos Estados contemporâneos, a possibilidade de controle da Administração Pública é tema em constante evolução e, portanto, em constante alteração. Com o advento do Estado Democrático de Direito, as bases do controle a que se submete a Administração Pública, obrigatoriamente, hão de ampliar-se, na medida em que os valores democráticos hão de ser incorporados aos critérios de legitimação do controle da ação estatal.

Além disso, a própria Administração Pública passa, com o tempo, a criar mecanismos de autocontrole, ou controle interno, o que coloca seus atos não apenas sujeitos ao controle exercido pelo Poder Judiciário, mas também sujeitos a suas próprias instâncias hierárquicas ou supervisionais, conforme o caso.⁵

O aumento da complexidade e da quantidade de ações estatais acaba levando, necessariamente, a um aumento da complexidade e dos mecanismos de

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 16^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 35 e 37.

⁵ Mencione-se aqui, aliás, que os mecanismos de controle interno da Administração Pública, ainda que em outro contexto, foram as primeiras formas de controle que se verificam. Como bem destacam JOSÉ MAURÍCIO CONTI e ANDRÉ CASTRO CARVALHO, o controle interno da Administração Pública tem sua origem no processo de arrecadação de tributos, ainda no momento pós Revolução Francesa, quando foi criado mecanismo de controle sobre a arrecadação tributária, por meio do qual se controlava a lisura da conduta dos agentes responsáveis pela coleta dos tributos. Criou-se, assim, um mecanismo *interna corporis* ao Estado para certificar a lisura e o cumprimento das obrigações dos agentes estatais. Cf. *O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, Direito Público, n^o. 37, Porto Alegre, janeiro-fevereiro de 2011, p. 202.

controle do Estado, eis que também crescem as possibilidades de desrespeito aos direitos individuais, de mau uso de recursos públicos, de desvios de condutas etc.

Soma-se a isso, ainda, o aumento do papel das políticas públicas na formatação do Direito Administrativo e da ação da Administração Pública e o crescimento da discricionariedade administrativa, que lhe é diretamente relacionado, os quais, de forma conjunta, aumentam as discussões quanto ao alcance e aos limites do controle da Administração Pública.

JACQUES CHEVALLIER, com imensa propriedade, retrata, neste contexto, uma *explosão do contencioso*, na qual, com frequência cada vez maior, as pessoas recorrem ao judiciário com a finalidade de garantir seus direitos⁶. No âmbito do Direito Administrativo, esta explosão tem como efeito a multiplicação de casos colocados na prática que testam os limites e as hipóteses de cabimento do controle, ampliando a complexidade do tema nos dias atuais

Neste cenário, nos dias atuais, o tema do controle da Administração Pública é dos mais ricos e complexos. De um lado, porque são diversos os mecanismos de controle existentes, cada qual com suas particularidades e suas finalidades. De outro, porque a efetividade dos mecanismos de controle existentes é constantemente posta à prova, seja em decorrência da falta de alcance de resultados pela Administração Pública, seja em decorrência da permanência da corrupção e da má gestão como práticas ainda comuns no seio da Administração Pública no Brasil.

II. Poder, Função, Competência e Controle

Nos primórdios de sua construção, o Direito Administrativo era visto, essencialmente, como o direito que regulava a manifestação da autoridade do Estado. Como bem reporta VASCO MANOEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA, em obra verdadeiramente antológica e essencial para a compreensão do Direito Administrativo moderno, na sua origem, as manifestações da Administração

⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, trad. Marçal Justen Filho, p., 131 e ss.

Pública eram predominantemente autoritárias, demarcadoras de ações destinadas apenas a reprimir ações particulares que pudessem colocar em risco os direitos de vida, liberdade e propriedade dos particulares, em campo de ação verdadeiramente limitado⁷. Em suma, o Direito Administrativo manifestava-se por meio da autoridade, que, no entanto, era consideravelmente mitigada em relação ao antigo regime por conta do advento do Princípio da Legalidade⁸.

Com o passar dos tempos e o aumento dos campos de atuação do Estado, a ideia de uma Administração Pública mínima e de atuação restrita à manifestação de autoridade começa a ser posta em questionamento. Um dos principais motivadores deste questionamento é a teoria de LEON DUGUIT, segundo a qual o Estado seria um *conjunto de serviços públicos*⁹. Com isso, o autor substitui a ideia de autoridade pela ideia de prestação de serviços à coletividade como elemento marcante da Administração Pública.

Nesse sentido, com intensidade cada vez maior, passa-se a considerar as atividades da Administração Pública mais relacionadas à ideia de *função*, ou seja, de finalidade a ser alcançada. Não é por outro motivo que SABINO CASSESE afirma que a Administração Pública deve ser considerada uma *função*¹⁰, pois é instituída para tutelar interesses gerais e, portanto, está sempre diretamente vinculada a *fins públicos*.

Como bem afirma ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, com a finalidade de se possibilitar a realização das *funções* impostas à Administração Pública, são

⁷ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 40 e ss.

⁸ Nesse sentido, imperiosa a citação do pensamento de ODETE MEDAUAR. Escorada em autores como Massimo Severo Giannini, a Professora corretamente menciona que, apesar não ter havido uma ruptura completa com o antigo regime após a Revolução Francesa no que se refere ao manejo da autoridade pelo Estado, o novo regime trouxe uma considerável garantia para os cidadãos em suas interfaces com o Estado a partir do momento em que limitou a ação do Estado à obediência à legalidade. Com isso, incorreto afirmar que o novo regime não marcou qualquer alteração em relação ao regime anterior, eis que a vontade do Estado deixou de ser a vontade do soberano e passou a ser a vontade da lei. Sobre o tema, confira-se: *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 16 e ss.

⁹ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, 3ª ed., Paris: De Boccard, 1928.

¹⁰ CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2006, p. 23.

atribuídas aos agentes públicos *competências* para agir nas situações determinadas pela lei¹¹. Com isso, as ações da Administração Pública são pautadas por *funções* previamente definidas pelo ordenamento jurídico e são realizadas por meio de *competências* atribuídas por lei aos agentes públicos.

Como consequência destas afirmações, tem-se que uma parcela de poder atribuída à Administração Pública somente pode ser exercida com vistas a alcançar finalidades previamente determinadas e dentro de quadrantes previamente definidos. Portanto, a legitimidade das ações da Administração Pública depende, a um só tempo, (i) do alcance das finalidades determinadas pelo Direito, isto é, do cumprimento das funções impostas pela ordem jurídica, e (ii) do respeito aos limites da competência fixada por lei.

Exatamente com relação a este ponto tem-se a importância do controle da ação da Administração Pública, na medida em que ele se destina a garantir tanto que as ações administrativas terão como objetivo a realização das *funções públicas* determinadas por lei, quanto que essas ações respeitarão os limites das competências fixadas em lei. Em última análise, portanto, o controle revela-se instrumento de garantia da legitimidade da ação do Estado.

III. As Diversas Classificações de Controle

Diversas foram as classificações de controle da Administração Pública apresentadas pela doutrina brasileira. Em suas formulações, levam em consideração diferentes critérios para classificar as diversas hipóteses de incidência de controle, como o momento da incidência (prévio, concomitante ou posterior), o objeto do controle ou o agente que realiza o controle.

Pela maior simplicidade de abordagem e clareza metodológica, parece adequado adotar a classificação proposta por ODETE MEDAUAR, que utiliza como critério o agente a realizar o controle. Assim, de acordo com a classificação da

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 110.

autora, o controle será *interno*, quando realizado por órgãos e entidades da própria Administração Pública, ou *externo*, quando realizado por órgãos e entidades não pertencentes à estrutura da Administração Pública¹².

Para os fins deste estudo, ter-se-á como foco exclusivo o *controle interno* da Administração Pública e seus respectivos mecanismos e objetivos. Não serão analisados, via de consequência, os mecanismos de *controle externo*, assim entendidos como aqueles manejados por agentes que não integram a Administração Pública (i.e., controle exercido pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público¹³ e, mais marcantemente, pelo Poder Judiciário).

IV. *Controle Interno da Administração Pública*

Como dito, o controle interno é aquele que se realiza por órgãos e entidades integrantes da própria estrutura da Administração Pública, sem a ingerência de órgãos integrantes do Poder Legislativo, do Poder Judiciário ou de qualquer outra autoridade que não faça parte da Administração Pública em sentido orgânico¹⁴.

Concordando plenamente com a manifestação de MARÇAL JUSTEN FILHO, o controle interno, nos dias atuais, configura-se uma verdadeira *competência* da Administração Pública, razão pela qual os mecanismos de controle interno são incluídos no plexo de afazeres de parcela dos agentes públicos integrantes da Administração. O autor apresenta sobre o tema a seguinte definição:

¹² Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 413

¹³ Nesse ponto, importante manifestar nossa concordância com ODETE MEDAUAR acerca da configuração do Ministério Público como órgão de controle externo da Administração, na medida em que, as normas hoje vigentes acerca da atuação do *parquet* “*incidem sobre autoridades, entes e órgãos da Administração Pública, em todos os níveis federativos, e resultam em medidas tais como a instauração de inquérito civil (que pode levar à solução do problema, sem ajuizamento da ação), a emissão de recomendação e relatório, a tomada de compromisso de ajustamento de conduta (...)*”. Cf. *Controle da Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

¹⁴ Aqui é importante mencionar a pertinente apartação utilizada por GASPAR ARIÑO ORTIZ entre Administração em sentido orgânico e em sentido funcional. Administração Pública no sentido orgânico seria aquela formada por órgãos e entidades que fazem parte da estrutura orgânica do Estado, ao passo que no sentido funcional a Administração Pública incluiria também aquelas pessoas que exercem funções públicas sem pertencer organicamente à estrutura administrativa. Sobre o tema, confira-se: *Sobre el concepto de Admnsitración Pública y el Derecho Administrativo, in Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid: Iustel, 2011, p. 50-81.

“O controle interno da atividade administrativa é o dever-poder imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria, visando a prevenir ou eliminar defeitos ou a aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto.”¹⁵

A complexidade da organização da Administração Pública, nos dias atuais, faz com que os mecanismos de controle interno sejam muito diversificados em todos os seus aspectos e seus alcances. Isso se reflete na abrangência que esta forma de controle encontra sobre todas as dimensões de controle mencionadas por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: do controle de poder, do controle de meios e do controle de objetivos.¹⁶

Há abrangência sobre o controle de poder, porque os meios de controle interno da Administração Pública têm a capacidade de controlar se o exercício da função administrativa deu-se dentro dos limites impostos pelo Direito, em respeito aos direitos, interesses e liberdades individuais. Da mesma forma, há abrangência sobre o controle de meios, porque presta-se a controlar se a atividade da Administração Pública desenrolou-se de acordo com os procedimentos legais estabelecidos. E, por fim, tem abrangência sobre os objetivos porque pode controlar o alcance das finalidades determinadas pela lei a serem alcançadas pela Administração Pública.

Demais disso, como muito bem afirmam JOSÉ MAURÍCIO CONTI e ANDRÉ CASTRO CARVALHO, é importante notar que o controle interno da Administração Pública passa por alguma transformação, na medida em que deixa de ser um controle focado exclusivamente na análise da legalidade da ação da Administração Pública para ser um controle focado nos resultados obtidos com a ação

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.204.

¹⁶ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública*, p. 201.

administrativa, naquilo que se refere a eficácia, eficiência e boa alocação de recursos públicos.¹⁷

Diante dessas considerações, é importante verificar quais são as formas de controle interno da Administração Pública existentes no Direito brasileiro. Para os fins deste estudo, serão apresentados os mecanismos de controle interno levando-se em consideração qual a autoridade que o exerce, quais os objetivos buscados pelo controle e qual o momento do controle (prévio, concomitante ou posterior).

IV.1. Autotutela

A autotutela da Administração Pública é a capacidade de que ela goza de corrigir os vícios de seus próprios atos, seja por meio da anulação (retirada dos efeitos do ato viciado), seja por meio da convalidação (correção dos vícios com preservação dos efeitos do ato). É prevista expressamente em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal, a 346 e a 476, que afirmam e limitam o poder da Administração Pública de anular seus próprios atos de ofício, quando eivados de vício.

Usualmente, a autotutela não é elencada, pela doutrina majoritária, como espécie de controle interno da Administração Pública. Contudo, dada a definição apresentada por MARÇAL JUSTEN FILHO para controle interno, segundo a qual esta espécie é o “*poder-dever imposto ao próprio Poder de promover a verificação permanente e contínua da legalidade e da oportunidade da atuação administrativa própria*”, parece adequado autonomizar a autotutela como espécie de controle.

¹⁷ CONTI, José Maurício / CARVALHO, André Castro. *O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, p. 206 e ss. É importante mencionar, ainda, que os autores fazem uma distinção entre autocontrole e controle interno. Segundo a definição apresentada, o autocontrole seria ligado à legalidade administrativa, ao passo que o controle interno seria relacionado à fiscalização mencionada no artigo 70 da Constituição Federal, sendo “*muito mais um instrumento de controle financeiro do que administrativo*” (*O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, p. 205). Embora muito pertinente a distinção, de nossa parte preferimos o entendimento de ODETE MEDAUAR, que, seguindo a doutrina de Caio Tácito, equipara o controle interno ao autocontrole, como *funções* administrativas de controle e fiscalização dos atos da Administração Pública (cf. *Controle da Administração Pública*, p. 52).

É bem verdade que a autotutela aparecerá inserta como elemento essencial para o exercício de outras espécies de controle interno, como o recurso administrativo e o controle hierárquico. Contudo, há casos em que a autotutela pode se manifestar como forma de controle autônomo. É o que ocorre, por exemplo, quando a própria autoridade que tenha exarado um ato administrativo viciado decide por sua anulação *ex officio*. Sem dúvida alguma, trata-se esta de hipótese de controle, eis que visa a corrigir uma falha do administrador público, mas não pode ser considerada manifestação do controle hierárquico, do recurso administrativo ou de qualquer das demais formas de controle interno.¹⁸

IV.2. Recurso Administrativo

O recurso administrativo é uma forma de controle interno da Administração Pública, pois refere-se a uma possibilidade de a Administração, por seus próprios meios, controlar seus atos, em qualquer das abrangências acima mencionadas (poder, objetivos e meios).

Há, no direito brasileiro, diversas espécies de recursos administrativos, regulados por leis específicas, como o caso dos recursos administrativos em licitações públicas, contemplado no artigo 109 da Lei n.º. 8.666, de 21 de junho de 1993. Inobstante a existência de diversos regimes jurídicos específicos para os recursos administrativos, há um delineamento geral fixado pela Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n.º. 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Segundo entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, vigora, no processo administrativo, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição (denominado pela autora Princípio da Pluralidade de Instâncias), exatamente em função da autotutela de que goza a Administração Pública¹⁹. Assim, como é um dever da

¹⁸ Segundo entendimento de FERDINAND O. KOPP e ULRICH RAMSAUER, a anulação de atos viciados, total ou parcialmente, tem a natureza jurídica de controle exercido pelo próprio agente, na medida em que a anulação é também um ato administrativo com os mesmos requisitos de competência, forma e processo. Cf. *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 10ª ed., Munique: C.H. Beck, 2008, p. 975.

¹⁹ CF. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 682.

Administração Pública corrigir seus atos viciados, seria obrigatória uma reapreciação de suas decisões, a pedido da parte interessada.

Em consonância com o artigo 56 da Lei 9.784/99, das decisões administrativas cabe recurso por razões de legalidade e de mérito. Neste campo, o que a lei em questão veio a inovar no ordenamento jurídico refere-se aos trâmites e procedimentos aplicáveis ao manejo dos recursos administrativos.

Nos termos do artigo 56 em comento, o recurso deve ser dirigido à própria autoridade que emanou a decisão, a qual poderá rever sua decisão, ou, em caso de manutenção, submeter o recurso à autoridade imediatamente superior. Assim, verifica-se que a Lei Federal de Processo Administrativo aliou em apenas uma ação processual dois recursos há tempos mencionados na doutrina brasileira²⁰: o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico. Isto decorre do fato de que, por meio de uma manifestação processual, é possível pedir à autoridade competente a reconsideração de sua decisão, ou, no caso da impossibilidade de tal revisão, a submissão do recurso à autoridade hierarquicamente superior.

Outro ponto relevante relacionado aos recursos administrativos refere-se à impossibilidade de cobrança de caução. Embora a Lei 9.784/99 preveja a possibilidade de cobrança de caução em casos disciplinados por lei específica (§ 2º do artigo 56), há hoje vigente a Súmula Vinculante nº. 21 do Supremo Tribunal Federal, que afirma ser inconstitucional a exigência de caução para interposição de recurso administrativo. No mesmo sentido, ademais, a Súmula nº. 373 do Superior Tribunal de Justiça expressamente determina ser ilegal a imposição da necessidade de caução.

De acordo com a sistemática do artigo 57 da Lei Federal de Processos Administrativos, um recurso administrativo tramitará, no máximo, por 3 instâncias administrativas. Questionável, com relação a este dispositivo, é se o limite nele contido refere-se a apenas um órgão ou entidade, ou se a toda a Administração

²⁰ Entre outros CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 775-779.

Pública competente. A discussão é relevante, pois os órgãos e entidades da Administração Pública são, comumente, organizados de maneira hierarquizada, possuindo diversas autoridades hierarquicamente superiores àquela que manifestou a sua decisão. Com isso, a totalidade de instâncias recursais poderia ser alcançada sem a utilização do chamado *recurso hierárquico impróprio*.

Conforme entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, a regra contemplada no artigo 57 da Lei Federal de Processo Administrativo há que ser aplicada de forma flexibilizada, admitindo-se que uma decisão seja reformada mesmo após percorridas todas as três instâncias mencionadas no dispositivo em questão. Segundo o autor, a organização hierarquizada da Administração Pública e a necessidade de cumprimento dos direitos dos cidadãos levariam a esta interpretação.²¹

No que se refere à legitimidade para interposição do recurso administrativo, a Lei Federal de Processo Administrativo seguiu a mesma lógica de legitimidade ampla já mencionada quanto aos critérios de legitimação para participação no processo, em respeito ao Princípio da Participação Popular²². Nesse sentido, o artigo 58 da Lei Federal de Processo Administrativo determina que têm legitimidade para interpor recursos administrativos os titulares de direitos e interesses que forem parte do processo, bem como aqueles cujas esferas de direitos e interesses tenham sido afetadas pela decisão contra a qual se destina o recurso.

Finalmente, três questões se colocam relevantes no que se refere aos recursos administrativos: a possibilidade de *reformatio in pejus*, os efeitos do recurso e a

²¹ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº. 9.784 de 29/1/1999*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 319.

²² De acordo com a manifestação de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, está embutido na Lei Federal de Processos Administrativos, igualmente, o Princípio da Participação Popular, insculpido nos artigos 31, 32 e 33, que contemplam os procedimentos de audiência pública, consulta pública e participação de entidades coletivas (cf. *Direito Administrativo*, p. 691-692). Ainda é possível extrair o princípio em questão do disposto no artigo 9º da Lei Federal de Processos Administrativos, que disciplina a legitimidade das partes para participação no processo. Segundo este princípio, o processo administrativo deve contar com a maior participação possível dos cidadãos, já que, como dito, é o meio de interlocução entre Administração Pública e cidadãos.

necessidade de cumprimento de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

A Lei Federal de Processo Administrativo admite, sob determinadas condições, que o resultado de um recurso administrativo importe em situação mais gravosa para um particular (*reformatio in pejus*). Caso, com o julgamento do recurso, advenha gravame para o particular, ele deverá ter a oportunidade de se manifestar anteriormente à decisão, conforme o parágrafo único do artigo 64 da Lei Federal de Processo Administrativo. Ou seja, é admitida a *reformatio in pejus*, contanto que ela seja precedida da garantia dos direitos do contraditório e da ampla defesa. Ademais, no caso de revisão de sanções impostas (de ofício ou por provocação), não é admitida a *reformatio in pejus*, conforme determina o parágrafo único do artigo 65 da mesma lei.

Em relação aos efeitos dos recursos administrativos, determina o artigo 61 da Lei Federal de Processo Administrativo, que esses não serão suspensivos (i.e., são apenas devolutivos), salvo disposição legal em sentido contrário. Não obstante, em consonância com o parágrafo único do mesmo artigo, havendo justo receio de prejuízo difícil ou incerta reparação, poderá ser conferido efeito suspensivo para os recursos administrativos pela autoridade competente ou a superior, de ofício ou por requerimento.

Nesse aspecto, é relevante mencionar que os efeitos do recurso terão importante consequência quanto à forma e ao cabimento de controle judicial dos atos administrativos. Isto ocorre, pois, nos termos do inciso I do artigo 5º da Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança), não cabe mandado de segurança contra decisão administrativa sujeita a recurso com efeito suspensivo.

Por derradeiro, em função do conteúdo da Emenda Constitucional 45/2004, as autoridades administrativas são obrigadas a considerar em suas decisões as determinações das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Assim, sempre que o conteúdo de uma súmula vinculante não for considerado na decisão,

a autoridade competente deverá explicitar os motivos para tanto (*ex vi* § 3º do artigo 56 da Lei Federal de Processos Administrativos).

De forma semelhante, acolhida reclamação ao Supremo Tribunal Federal sobre a desconsideração do enunciado de súmula vinculante, haverá a notificação à autoridade competente para que adeque suas decisões futuras sobre a mesma matéria, sob pena de responsabilização pessoal (conforme artigo 64-B da Lei Federal de Processo Administrativo).

Demais disso, deve-se mencionar que os recursos administrativos, em conformidade com a classificação apresentada por ODETE MEDAUAR, consistem em três manifestações distintas: o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico e o recurso hierárquico impróprio.²³

O pedido de reconsideração é o recurso administrativo dirigido à própria autoridade que tiver exarado a decisão no caso concreto, com o objetivo de apresentar as razões de fato e de direito que poderiam levar à reforma de tal decisão. O pedido de reconsideração tem como fundamento da autotutela, pois a base da reconsideração é o poder de que é dotada a Administração Pública de corrigir os vícios de seus atos. A distinção existente entre o pedido de reconsideração e a autotutela considerada isoladamente como forma de controle refere-se à existência de provocação do interessado no caso do pedido de reconsideração, o que não se verifica na manifestação isolada da autotutela.

De outro bordo, o recurso hierárquico é aquele baseado no escalonamento ascendente de autoridade na organização da Administração Pública. Como bem define MASSIMO SEVERO GIANNINI, a hierarquia é uma relação entre autoridades da mesma organização, que tem como consequência o poder da autoridade hierarquicamente superior de comandar, dirigir e controlar a atividade da autoridade hierarquicamente inferior.²⁴

²³ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 419.

²⁴ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2000, p. 45.

Destarte, a relação de hierarquia é comportada dentro da Administração direta ou entre diversas autoridades que façam parte da mesma entidade da Administração indireta (por exemplo, a relação entre superintendências e diretoria de autarquias), no caso do recurso de alçada bem denominado por JUAN CARLOS CASSAGNE.²⁵

Nesse contexto, o recurso hierárquico é aquele dirigido ao superior dentro da estrutura administrativa perante a qual tramita o processo, com a finalidade de expor as razões de fato e de direito que podem levar à reforma. Como resultado, o recurso hierárquico impróprio pode contemplar uma reforma da decisão original tanto por questões de legalidade, quanto por questões de mérito.

Consoante afirmado acima, a Lei 9.784/99, assim como já tinha realizado a Lei 8.666/93, determinou a unificação, em um único ato, do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico, já que impõe que o recurso administrativo deve ser dirigido à própria autoridade que tenha exarado a decisão, a qual, caso decida manter sua decisão, deve encaminhar o recurso para a autoridade imediatamente superior.

Além do recurso hierárquico processado dentro da Administração direta ou dentro de diferentes instâncias dentro de uma única entidade da Administração indireta (também organizadas de forma hierarquizada), há também o *recurso hierárquico impróprio*. Este recurso é interposto contra a decisão de uma entidade da Administração indireta para o órgão da Administração direta à qual ela se vincula.

Denomina-se esta espécie de recurso administrativo de recurso hierárquico impróprio porque não há relação de hierarquia entre a entidade da Administração indireta de cuja decisão se recorre e a autoridade da Administração direta que receberá o recurso. Há uma tutela realizada pela Administração direta sobre a

²⁵ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, 10ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 306.

Administração indireta, a qual legitima um controle pela primeira em relação à segunda.

Os recursos hierárquicos impróprios não contam com uma disciplina geral específica. Seu fundamento decorre do dever de vigilância e tutela que os órgãos e autoridades da Administração direta têm sobre as entidades da Administração indireta que a ela se vinculam. Sendo assim, comumente são invocados para justificar o recurso hierárquico impróprio o inciso I do parágrafo único do artigo 87 da Constituição Federal, assim como o artigo 19 do Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que conferem aos ministros de Estado uma competência genérica de supervisão e acompanhamento das entidades da Administração indireta.

Ainda sobre os recursos hierárquicos impróprios, é interessante mencionar que eles terão cabimento sempre que não houver proibição legal à sua interposição. A observação é relevante, pois, como bem notam SABINO CASSESE²⁶ e JACQUES CHEVALLIER²⁷, vem sendo verificado um processo de instituição de uma Administração pluricêntrica, na qual o poder não mais é centralizado exclusivamente nas mãos do Chefe do Poder Executivo, mas é fragmentado em diversas entidades que reúnem parcela do poder e não se submetem ao controle da Administração Direta.

É o que se verifica, no caso do Direito brasileiro, com relação às agências reguladoras independentes e outras autarquias instituídas em regime especial. Estas entidades da Administração indireta têm poderes específicos e não se sujeitam ao controle da Administração direta. Tanto é assim, que, com relação às decisões por elas exaradas, não cabe recurso hierárquico impróprio às autoridades da Administração direta às quais se vinculam, de forma que suas decisões fazem *coisa julgada administrativa*, isto é, conforme o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA

²⁶ Cf. CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 9ª ed., Garzanti: Milão, 2000, p. 190 e ss.

²⁷ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, p. 100 e ss.

DI PIETRO, a matéria passa a ser irretratável dentro da Administração Pública, somente sendo passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.²⁸

Especialmente no caso do Direito brasileiro, é interessante mencionar que, inobstante a proibição legal do cabimento de recursos hierárquicos impróprios, há um parecer da Advocacia Geral da União (Parecer AC-051), devidamente aprovado pelo Presidente da República – e, portanto, dotado de força normativa para toda a Administração Pública federal –, que reconhece a possibilidade de recurso hierárquico impróprio contra decisões das agências reguladoras que não se refiram ao seu objeto, ou seja, questões relacionadas a suas “atividades-meio”, embora não haja uma grande clareza ao se determinar o que é ou não objeto das agências, em função da abrangência de suas atribuições.

Diante deste cenário, o recurso administrativo, como mecanismo de controle da Administração Pública, manifesta-se por meio do pedido de reconsideração, do recurso hierárquico e, nos casos em que não haja proibição legal, por meio do recurso hierárquico impróprio, pois em todos esses casos é lícito à Administração Pública, *interna corporis*, corrigir ilegalidades de suas atividades.

IV.3. Poder Hierárquico e Tutela

O poder hierárquico, já tratado no tópico precedente, também é forma de controle interno da Administração Pública, na medida em que se trata de possibilidade de a própria Administração Pública corrigir os vícios de um ato exarado.

A distinção que se coloca entre o controle realizado no âmbito do poder hierárquico e aquele realizado no âmbito do recurso administrativo hierárquico refere-se à iniciativa de revisão. Enquanto o controle realizado em sede de recurso hierárquico tem iniciativa em ação do particular atingido pela decisão recorrida, o

²⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 803.

controle realizado em decorrência do poder hierárquico se dá *ex officio* pela própria Administração Pública, sem que haja qualquer forma de provocação externa.

Nesses quadrantes, o controle exercido no âmbito do poder hierárquico assemelha-se ao controle exercido pelo próprio agente no exercício de sua autotutela. A distinção, de acordo com os critérios aqui adotados, repousa no fato de que a autotutela, isoladamente considerada, é realizada pelo próprio agente que exarou a decisão, ao passo que o controle realizado no âmbito do poder hierárquico é realizado pela autoridade hierarquicamente superior àquela que exarou a decisão original. Nada obstante, o controle por meio do poder hierárquico também tem como pressuposto o poder de que goza a Administração Pública de anular ou convalidar seus atos eivados de vícios.

Questão relevante se coloca no que se relaciona à possibilidade de existência de controle decorrente do poder hierárquico nas hipóteses em que há simples tutela e não efetivamente uma hierarquia. Segundo parece, ressalvados os casos em que a lei expressamente interdite a adoção de recurso hierárquico impróprio, poderá uma autoridade controlar os atos de entidade vinculada, no exercício de seu poder de tutela. Assim seria, porque não parece adequado interditar esta possibilidade de controle *ex officio* se essa é admissível por provocação no âmbito do recurso hierárquico impróprio.

Apenas é essencial, na hipótese em cotejo, que seja preservada a autonomia da entidade da Administração indireta cuja decisão será controlada, pois, como há muito afirmou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, esta autonomia decorre de lei e não pode ser violada por ato da Administração direta²⁹.

IV.4. Controle de Gestão e Controle Contratual

O controle de gestão é aquele incidente sobre o acompanhamento do alcance de resultados previamente fixados pelo controlador em relação ao controlado. Esta

²⁹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 68-69.

categoria de controle tem lugar em substituição ou em adição ao controle hierárquico tradicional, pois implica maior flexibilidade no exercício do controle sobre os meios empregados pelo órgão controlado em prol do alcance de determinados resultados previamente fixados.

O controle de gestão pode se dar por meio de contrato ou por meio da fixação de metas em instrumento legislativo vinculante imposto para a autoridade controlada. A via contratual refere-se ao contrato de gestão, previsto no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, ao passo que a via regulamentar decorrente do próprio poder hierárquico da Administração Pública, tendo fundamento, por exemplo, no inciso II do artigo 84 da Constituição Federal.

Sendo assim, no controle de gestão, tem-se intensificado o controle pelo alcance de resultados, com maior flexibilização no controle de meios empregados. Assim, pode ser objeto do controle de gestão o aumento da autonomia de certo órgão ou entidade da Administração Pública, em contrapartida da obrigação de alcance de resultados.

De outro bordo, o controle contratual é muito semelhante ao controle de gestão, mas com ele não se confunde, por ser mais restrito. O controle exercido pela via contratual é aquele que tem como fundamento cláusulas contratuais celebradas entre duas autoridades integrantes da Administração Pública, nos termos das quais são fixados os termos e condições de acordo com os quais uma autoridade deverá realizar suas funções.

Como dito, o contrato de gestão, instrumento que comanda o controle contratual, tem previsão contratual no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, nos termos do qual é lícito aos órgãos e entidades da Administração Pública, dispor, por meio de contrato, de metas e resultados a serem alcançados por uma autoridade, em troca de reforço na autonomia de que dispõe esta autoridade em face da outra.

Esses instrumentos sofrem algumas críticas por parte da doutrina, por serem inúteis em função do poder hierárquico ou do poder de controle que existe em

relação a eles. É o caso, por exemplo, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo quem os contratos de gestão seriam “arremedos de contrato” em função da necessária superioridade de uma das partes em relação à outra.³⁰

Não obstante as críticas tecidas por parcela da doutrina, os contratos de gestão são instrumentos por meio dos quais, por um lado, se reforça e se reafirma a autonomia de órgãos e entidades da Administração Pública em face de seus superiores hierárquicos ou seus controlares e, por outro lado, são fixadas metas de desempenho que devem ser alcançadas a partir de sua maior autonomia. Ou seja, por meio do contrato de gestão, a Administração Pública impõe metas e obrigações a seus órgãos e entidades, conferindo-lhes autonomia suficiente para alcançar essas metas e cumprir suas obrigações. Trata-se de mecanismo típico de uma administração gerencial.

Como bem afirma ODETE MEDAUAR, com base em Massimo Severo Giannini, os contratos de gestão são mecanismos de *controle de resultado* das atividades da Administração Pública, na medida em que fixa claramente quais resultados devem ser alcançados e quais as consequências da falha em não os alcançar.³¹

Interessante mencionar que, até o presente momento, é comum a celebração de contratos de gestão entre autoridades integrantes da Administração direta e entidades da Administração indireta, nos termos dos quais são fixados os resultados a serem alcançados pelas segundas, em troca de maior reforço em sua autonomia em face das primeiras. Todavia, a possibilidade de celebração de contratos de gestão entre órgãos da Administração direta ainda não é uma realidade no Brasil.

Esta possibilidade, embora já contemplada na Constituição Federal, vem disciplinada pormenorizadamente no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública elaborado por comissão de juristas nomeada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão na segunda metade de década passada.

³⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 232 e ss.

³¹ Cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, p. 73.

Denominado *contrato de autonomia*, este instrumento permite que um órgão tenha sua autonomia reforçada em face de seu superior hierárquico, desde que logre realizar funções previamente estabelecidas. Trata-se de instrumento contratual celebrado no âmbito de uma mesma pessoa jurídica.³²

IV.5. Inspeções, Auditorias e Correição

Os controles por meio de inspeções, auditorias e correição são mencionados por ODETE MEDAUAR e referem-se a atividades destinadas ao controle realizadas de forma intrusiva pelo agente controlador no agente controlado³³.

As inspeções e auditorias são verificações e análises das atividades de uma autoridade controlada pela autoridade controladora. Trata-se da verificação de expedientes e documentos, com a finalidade de se auferir a correção do cumprimento das funções pela autoridade controlada. Como bem afirma ODETE MEDAUAR, as inspeções e auditorias não costumam trazer, diretamente, uma ação controladora, mas apenas coletam dados a embasar tais ações.³⁴

Importante mencionar que, no âmbito da União Federal, há um órgão especial da Administração direta responsável pela realização de inspeções e auditorias sobre os atos de todos os demais órgãos e entidades da Administração Federal. Trata-se da Controladoria Geral da União, criada no ano de 2001.

De outro turno, as correições são desempenhadas por órgãos autônomos da Administração Pública destinados a corrigir ações eivadas de vícios detectadas por ação *ex officio* ou por provocação de terceiros, internos ou externos à autoridade. Cada vez mais vem sendo adotada a criação de corregedorias para exercício da função de correição de determinadas parcelas da Administração Pública.

IV.6. Controles Financeiro e Orçamentário

³² Sobre o tema, confira-se: MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa*, in _____ (org.). *Nova Organização Administração Pública Brasileira*, p. 113 e ss.

³³ Cf. MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 422.

³⁴ Cf. MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 422.

Forma extremamente relevante de controle refere-se àquela relacionada ao orçamento destinado a determinadas parcelas da Administração Pública. Nos termos do artigo 2º da Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964, o orçamento público rege-se pelo princípio da unidade, daí decorrendo a obrigação de apenas um orçamento elaborado pelo Poder Executivo contemplar todas as dotações orçamentárias, inclusive das entidades da Administração indireta, no que se refere a despesas de custeio e investimento realizadas pela Administração direta.

Nessa perspectiva, uma forma relevante de controle é aquela concernente ao estabelecimento de dotações orçamentárias aos órgãos e entidades da Administração Pública, bem assim o controle da destinação dos recursos transferidos no âmbito de tais dotações, em consonância com o disposto no artigo 74 da Constituição Federal. A razão para tanto é simples: ao se fixar o *quantum* máximo de recursos públicos que será colocado à disposição de determinado órgão ou determinada entidade da Administração Pública, limita-se seu raio de ação. E, da mesma forma, a obrigatoriedade de prestação de contas de forma de emprego dos recursos transferidos limita a liberdade dos respectivo agentes.

Interessante, com relação a este ponto, mencionar que a instauração de uma Administração pluricêntrica, identificada por, entre outros, Sabino Cassese e Jacques Chevallier, conforme mencionado acima, tem consequências também sobre a existência e a efetividade do controle orçamentário sobre as entidades da Administração indireta que têm sua autonomia em face da Administração direta reforçada pelo ordenamento jurídico.

Isto acontece porque, quando da criação de tais entidades, é comum haver a previsão de uma fonte de receitas própria, independente de qualquer ação da Administração direta, de forma que estas entidades acabam por dispensar, em regra, transferências correntes realizadas pela Administração direta. Como exemplo, veja-se a instituição de uma *taxa de poder polícia* em favor da Agência Nacional de Energia Elétrica, nos termos dos artigos 12 e seguintes da Lei nº. 9.427,

de 26 de dezembro de 1996, que é uma receita específica da agência e serve para financiar suas atividades.

Assim, no caso de entidades com autonomia reforçada, que representam centros de poder autônomos, o controle orçamentário tende a ter menor eficácia, pois estas entidades possuem, diretamente em decorrência da lei, uma receita tributária que lhes é própria e se destina à realização de suas atividades.³⁵

Ainda cabe mencionar que o controle orçamentário é realizado também, em qualquer caso (incluindo com relação às entidades da Administração indireta que têm sua autonomia reforçada) por meio da verificação do cumprimento das metas e requisitos de destinação de recursos públicos disciplinados pela Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (a Lei de Responsabilidade Fiscal). Neste aspecto, é lícito à Administração direta controlar despesas com pessoal, operações de crédito, forma de dispêndio de recursos etc., em função da consolidação das contas de todas as entidades dependentes com as da Administração direta.

IV.7. Ouvidorias

As ouvidorias são repartições de órgãos e entidades da Administração Pública destinadas a ter interlocução com os particulares para deles receber reclamações, comentários, informações e denúncia acerca da atuação do órgão ou entidade em questão.

As ouvidorias não possuem, em si consideradas, um poder de controle, mas se destinam a fornecer elementos para as autoridades dotadas de efetiva capacidade controladora, sempre que forem informadas de irregularidades na atuação da Administração Pública.

Importante mencionar o valor e a importância crescentes que as ouvidorias vêm tendo na organização e no controle da Administração Pública, em função de

³⁵Sobre o tema, confira-se: CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*, São Paulo: MP Editora, 2006, p. 146 e ss.

serem um canal de comunicação específico entre os administrados e a Administração Pública. São as ouvidorias, assim, elementos importantes no estabelecimento de uma gestão democrática e participativa da coisa pública.

Tanto é assim, que o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública mencionado acima contempla disposição em que obriga, na medida do possível, que os órgãos e entidades da Administração Pública mantenham um serviço de ouvidoria, destinado a assegurar um canal permanente e específico de comunicação com os administrados.

IV.8. Pareceres Vinculantes

Instrumento relevante de controle interno da Administração Pública é o parecer vinculante. Este instrumento consiste em mecanismo de controle *ex ante*, destinado a, anteriormente à tomada de uma decisão, fornecer elementos técnicos para a autoridade competente para embasar sua decisão. Os pareceres vinculantes versam sobre aspectos técnicos da decisão e não podem ser desconsiderados pela autoridade competente para decidir.

É importante mencionar que o parecer vinculante não se refere ao único mecanismo em que a decisão da Administração Pública requer prévia manifestação de outro órgão. Na maior parte dos casos, o *processo* decisório da Administração Pública incorpora alguma forma de manifestação de um órgão consultivo. Contudo, na maior parte dos casos, referidas manifestações são *meramente opinativas*, sem valor vinculante. Este valor apenas estará presente nas hipóteses em que a lei expressamente assim determinar, como ocorre, por exemplo, no caso do artigo 38, inciso VI, da Lei 8.666/93.

IV.9. Controle Societário

Mecanismo muito relevante de controle, comumente esquecido na doutrina brasileira do Direito Administrativo, é o controle societário, exercido com relação às empresas estatais pela Administração direta. É bem verdade que essas empresas, por estarem situadas na Administração indireta, estão sujeitas à tutela da

Administração direta. Contudo, em função do disposto na lei societária, há instrumento de controle consideravelmente intenso, que é o controle societário.

Consoante o entendimento de FABIO KONDER COMPARATO, o poder de controle implica o “*poder de determinar as deliberações da assembléia geral*” e, assim, eleger a maioria dos administradores de uma empresa³⁶. Assim, por meio do exercício do poder de controle, é atribuída ao controlador a função de dirigir os negócios da empresa controlada, em todos os seus aspectos.

Com isso, nos casos em que o Estado detém o controle de uma determinada empresa, haverá o poder de *dirigir* todas as atividades de referida empresa, assim como de *verificar* o cumprimento de suas missões institucionais insculpidas nas leis que autorizaram sua criação, bem como em seus documentos constitutivos. Via de consequência, o acionista controlador (i.e., o Estado) terá o poder de corrigir eventuais vícios nas atividades das empresas controladas, assim como exercer seu poder de voto para garantir o cumprimento de suas funções institucionais.

Ademais, com relação às sociedades de economia mista, o poder de controle do Estado não é ilimitado, pois ele deverá respeitar os direitos dos acionistas minoritários, já que o Estado como acionista controlador de uma sociedade de economia mista tem sua responsabilidade equiparada à responsabilidade de qualquer acionista controlador, nos termos do artigo 239 da Lei n.º. 6.404, de 15 de dezembro de 1975.

Por fim, é assegurado ao acionista controlador o poder de exigir a prestação de contas dos administradores de sociedades anônimas (artigo 122, III, da Lei 6.404/76), bem como, após prévia aprovação da Assembleia Geral de Acionistas, propor ações de responsabilização contra os administradores das sociedades anônimas (artigo 158 da Lei 6.404/76). Evidentemente, esses mecanismos

³⁶ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 67.

configuram poderes adicionais de controle atribuídos ao Estado como controlador de sociedades anônimas.

IV.10. Controle pelo Ombudsman

O ombudsman seria uma figura independente em relação à Administração Pública, constituído com a finalidade de abrir um canal de comunicação entre o Estado e a sociedade. É mecanismo largamente utilizado em países europeus como Suécia e Alemanha, mas ainda sem previsão específica no Direito brasileiro, apesar das tentativas de inclusão de figura semelhante durante o processo constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988.³⁷

V. Limites ao Controle da Administração Pública

Sem qualquer prejuízo de qualquer das considerações precedentes, deve-se mencionar que o controle da Administração Pública, seja ele interno ou externo, encontra alguns limites que vêm sendo consolidados pela jurisprudência brasileira.

Esses limites são determinados pela necessidade de preservação da *confiança legítima* e da *segurança jurídica*³⁸. Assim, ainda que seja detectada alguma ilegalidade na ação da Administração Pública, é possível que o ato tenha que ser preservado, com a finalidade de se preservar a confiança legítima dos particulares que travam relações jurídicas com a Administração.

É o que se, por exemplo, no caso da ACO 79 / MT - MATO GROSSO, relatada pelo Ministro Cezar Peluso e do MS 24781 / DF - DISTRITO FEDERAL, relatado pela Ministra Ellen Gracie. Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveriam ser preservados os efeitos de atos viciados da Administração Pública, com a finalidade de se preservar a confiança legítima de terceiros de boa-fé e a segurança jurídica.

³⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, p. 169.

³⁸ Como muito corretamente pondera HELENO TAVEIRA TORRES, a ideia de segurança jurídica é um fim do ordenamento jurídico, funcionando como um meio de proteção de direitos e liberdades individuais (segurança material) e como uma certeza do direito (segurança formal). Cf. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

Sobre o tema da extensão do controle, parece muito interessante a posição defendida por LUÍS ROBERTO BARROSO. Segundo o autor, no caso de questões técnicas deve o judiciário ser deferente com a Administração Pública e analisar a questão apenas do ponto de vista da fundamentação, da razoabilidade e da proporcionalidade.³⁹

VI. *Observações Finais*

O controle da Administração Pública é dos temas mais interessantes e importantes da atualidade. De um lado, não se pode, em um Estado Democrático de Direito, prescindir de mecanismos de controle eficazes, que sirvam para garantir a efetividade dos direitos dos particulares. Contudo, de outro lado, não se pode permitir que o controle extermine a necessária autonomia da Administração Pública e a segurança jurídica.

Demais disso, é necessário que o controle não se torne um fim em si mesmo, de forma a bloquear a ação administrativa e retirar-lhe a eficácia. O controle tem uma finalidade que é garantir a legalidade e a legitimidade da ação administrativa e deve ser exercido sempre com orientação a esta finalidade.

Nesse cenário, o grande desafio que se coloca no Brasil, hoje, é o encontro de um equilíbrio na realização do controle da Administração Pública entre a preservação da legalidade da ação administrativa, sua liberdade de agir e a efetividade dos direitos dos cidadãos. Diante da realidade em que vivemos, é possível, sem dúvidas, afirmar que a simples proliferação impensada de mecanismos de controle que se consideram mais importantes que a própria Administração Pública não está tendente a propiciar referido equilíbrio.

* * *

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº. 9.784 de 29/1/1999*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, 10ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2011.

CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2006.

_____. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 9ª ed., Garzanti: Milão, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, trad. Marçal Justen Filho.

COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*, São Paulo: MP Editora, 2006.

_____/ CARVALHO, André Castro. *Controle Interno na Administração Pública Brasileira: qualidade de gasto público e responsabilidade fiscal*, *Direito Público*, nº. 37, Porto Alegre, janeiro-fevereiro de 2011.

CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, 3ª ed., Paris: De Boccard, 1928.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KOPP, Ferdinnand O. / RAMSAUER, Ulrich. *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 10ª ed., Munique: C.H. Beck, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública*, in MODESTO, Paulo (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito Administrativo Moderno*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MODESTO, Paulo. *Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa*, in MODESTO, Paulo (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*, São Paulo: Edipro, 2004, trad. Edson Bini.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Sobre el concepto de Admnsitración Pública y el Derecho Administrativo*, in *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid: Iustel, 2011.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 1995.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

* * *