

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
DIRETORIA DE DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**JESRAEL BATISTA DA SILVA FILHO**

**A EFICIÊNCIA DO CONTROLE SOCIAL NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**

**São Paulo  
2017**

**JESRAEL BATISTA DA SILVA FILHO**

**A EFICIÊNCIA DO CONTROLE SOCIAL NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**

Dissertação de Mestrado do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho na linha de pesquisa Justiça e o paradigma da eficiência, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Prof. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, Dr. - Orientador

São Paulo

2017

SILVA FILHO, Jesrael Batista da Silva da

A Eficiência do controle social nas licitações e contratos administrativos / Jesrael Batista da Silva Filho. 2017.

120 f.

Dissertação (Mestrado), Universidade Nove de Julho - UNINOVE, 2017.

Orientador: Dr Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

1. Direito Administrativo. 2. Gestão pública. 3. Regulação.

**JESRAEL BATISTA DA SILVA FILHO**

**A EFICIÊNCIA DO CONTROLE SOCIAL NAS LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Nove de Julho para  
obtenção do grau de Mestre, pela Banca Examinadora, formada por:

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017

---

Presidente: Prof. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, Dr - Orientador, UNINOVE

---

Membro:

---

Membro:

---

São Paulo

2017

Dedico este trabalho a Deus que é digno de toda glória, por haver estado comigo durante esta etapa, acalmando e dando-me saúde, motivação e determinação para continuar; à minha esposa, Érika Cássia Barroso Batista, pelo seu amor incondicional, apoio, compreensão nos momentos mais difíceis e por me incentivar a sempre persistir; e aos meus pais, Jesrael Batista da Silva e Raquel Pereira da Silva que, apesar das intercorrências cotidianas, não se esquecem de interceder junto a Deus por mim, sempre me admirando e torcendo à distância pelo meu sucesso.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor orientador, Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, pelo tempo investido durante as atividades de orientação desde o início até à conclusão do presente trabalho e, principalmente, por me aceitar como aluno de mestrado, ante seu conhecimento, sabedoria e sensatez. Minha admiração e gratidão.

À Dra. Monica Bonetti Couto por gerenciar os grupos de pesquisas de forma brilhante e, sobretudo, às lições metodológicas que auxiliaram na execução de cada parte do presente trabalho, além da sua alegria e disposição em ajudar.

Obrigado por tudo.

## **RESUMO**

A motivação para desenvolvimento deste trabalho surgiu da relevância do reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública como manifestação dos Direitos Humanos de primeira geração, sobretudo como instrumento jurídico alinhado aos anseios democráticos e à ideia de governança, exigindo da Administração Pública e dos gestores públicos, a vinculação dos seus atos administrativos aos conceitos de *accountability*, *disclosure*, *fairness* e *compliance*, principalmente quanto às licitações e nos contratos administrativos, sob a observância dos princípios constitucionais da administração pública implícitos e explícitos, durante todas as fases contratuais do procedimento (pré-negocial licitatória, de desenvolvimento e pós-exaurimento – com os deveres de boa-fé objetiva administrativa). Todavia, muitas vezes, tais princípios são preteridos pelas partes nos ajustes públicos (contratantes, contratados, reguladores e usuários), podendo acarretar em desvios de finalidade ou de poder. Como reação e preservação, o Estado instituiu formas de controle institucional e social para fiscalizar a gestão pública dos recursos empregados nas aquisições de bens, prestação de serviços e realização de obras públicas em suas distintas modalidades pré-negociais. Em igual sentido, a sociedade tem se engajado no controle social constitucionalmente previsto, através concretização do acompanhamento da gestão pública e sua fiscalização por meio do uso de instrumentos de controle social para provocação do controle jurisdicional, contidos no ordenamento jurídico, à exemplo da Ação Popular. As boas práticas administrativas podem contribuir para a conquista dos objetivos constitucionais da nossa República, refletindo na melhoria da gestão pública, no aumento qualidade de vida da população e na redução das desigualdades sociais. Desta forma, questiona-se a eficiência dos instrumentos de controle social na repressão às práticas de atos de improbidade no emprego dos recursos públicos. Em igual sentido, indaga-se acerca da possibilidade do acesso efetivo da sociedade aos instrumentos de controle disponíveis, a fim de conferir a eficiência desejada; e por fim, mensurar essa eficiência na atividade fiscalizadora. Em síntese, o tema da pesquisa referente ao seu objeto central, Eficiência do Controle Social, adere à linha de pesquisa da Justiça e ao Paradigma da Eficiência no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

**Palavras-chave:** Eficiência; Controle Social; Contrato Administrativo; Licitação; Governança.

## **ABSTRACT**

The motivation for the development of this survey arose in the importance of recognizing the fundamental right to good public administration as a manifestation of first generation Human Rights, especially as legal instrument aligned with democratic aspirations and the idea of governance, requiring the Public Administration and public managers, the binding of its administrative acts to the concepts of accountability, disclosure, fairness and compliance, mainly in relation to biddings and administrative contracts, in compliance with the constitutional principles of public administration, implicit and explicit, during all contractual stages of the procedure (pre-covenant, development and post-exhaustion - with the duties of objective administrative good faith). However, such principles are often deprecated by the parties in the public adjustments (contractors, contracted, regulators and users), and may entail to deviations of purpose or power. As reaction and preservation, the State instituted forms of institutional and social control to supervise the public management of the resources used in the acquisition of goods, services and public works in its different pre-negotiation modalities. In the same sense, the society has been engaged in the social control constitutionally foreseen by the implementation of the monitoring of public management and its supervision through the use of instruments of social control to provoke judicial control, contained in the legal system, such as Popular Action. The Good administrative practices can contribute to the conquest of the constitutional objectives of our Republic, reflecting improvements in public management, increasing the quality of life of the population and reduction of the social inequalities. In this way, the efficiency of social control instruments in the repression of practices of improbity in the use of public resources is questioned. In the same sense, one inquires about the possibility of effective access of the society to the available control instruments, in order to confer the desired efficiency, and finally, and finally, and finally, to measure this efficiency in the audit activity. In synthesis, the theme of the survey, referring to its central object, the Efficiency of Social Control, adheres to the line of research of Justice and the Efficiency Paradigm in the Master Course in Law of the University Nove de Julho.

**Keywords:** Efficiency; Social Control; Administrative Agreement; Bidding; Governance

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	10
<b>1 - LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO .....</b>	16
<b>1.1 - CONCEITOS E NOÇÕES DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	16
<b>    1.1.1 - Conceitos e noções dos princípios gerais da Administração Pública .....</b>	16
<b>    1.1.2 - Noções dos princípios licitatórios .....</b>	25
<b>1.2 - CONTRATO ADMINISTRATIVO.....</b>	30
<b>    1.2.1 - Requisitos do contrato administrativo .....</b>	30
<b>    1.2.2 - Características do contrato administrativo .....</b>	33
<b>    1.2.3 - Noções das espécies de contrato administrativo .....</b>	38
<b>    1.2.4 - O contrato administrativo como ato administrativo <i>lato sensu</i> .....</b>	43
<b>2 - FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	47
<b>2.1 - O CONTROLE INSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	49
<b>    2.1.1 – Controle institucional externo.....</b>	49
<b>    2.1.2 – Controle institucional interno .....</b>	53
<b>        2.1.2.1 – Controle institucional interno indireto .....</b>	58
<b>        2.1.2.2 – Controle institucional interno direto .....</b>	59
<b>    2.2-A EXECUÇÃO DO CONTROLE INSTITUCIONAL SEGUNDO AS COMPETÊNCIAS DOS PODERES REPUBLICANOS.....</b>	64
<b>        2.2.1 - Controle Administrativo .....</b>	64
<b>        2.2.2 - Controle Legislativo .....</b>	67
<b>        2.2.3 - Controle Jurisdicional .....</b>	70
<b>    2.3 - O CONTROLE SOCIAL .....</b>	79
<b>3 - A EFICIÊNCIA DO CONTROLE SOCIAL .....</b>	85
<b>3.1 - O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MANIFESTAÇÃO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA .....</b>	85
<b>    3.1.1 - O direito à boa Administração Pública como Direitos Humanos .....</b>	85
<b>    3.1.2- A sustentabilidade na gestão pública como condição à boa Administração Pública .....</b>	88
<b>    3.2 - EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE .....</b>	90

<b>3.3-A ATUAÇÃO SOCIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>93</b>
<b>3.4 - O CONTROLE SOCIAL EFICIENTE .....</b>	<b>100</b>
<b>3.5 - LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL E SEUS PARADIGMAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>106</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma análise sobre a eficiência das formas de controle social nos contratos administrativos e licitações reguladas nas legislações específicas sobre o tema, notadamente a Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e Lei nº 13.303/16, que disciplinam as concessões públicas, Parcerias Público-Privada (PPP's), o Pregão e o contrato e licitação das Empresas Governamentais.

Por intermédio dos processos licitatórios, a Administração Pública seleciona as propostas mais vantajosas para o fornecimento de bens, prestação de serviços e realizações de obras públicas, segundo os princípios da igualdade de condições entre os licitantes, previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988. Além disso, a Administração Pública deve observar os princípios do art. 37, *caput*, do texto Constitucional, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dada a sua importância para a consecução de uma gestão pública eficiente dotada de governança.

Diante da sua relevância supramencionada, o princípio da eficiência inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, é uma faceta e subprincípio da boa administração pública, de forma que ser eficiente é fazer a coisa certa de modo correto e adequado. No Dicionário Aurélio, o termo eficiência significa algo que funciona, produzindo o efeito esperado ou que tem funcionamento esperado com maior economia de recursos e/ou de tempo. Já a vocábulo eficácia significa aquilo que produz o efeito desejado.

Além disso, para garantir que a atividade administrativa relacionada às licitações e aos contratos siga tais princípios constitucionais, há a criação de mecanismos institucionais de controle e fiscalização, para punir e coibir desvio de finalidade, bem como apurar responsabilidades. Para tanto, o Estado possui órgãos de controle institucional, além da própria sociedade que, por sua vez, também exerce controle desses atos administrativos de diversas formas, inclusive como usuária dos serviços públicos.

O termo “controle” foi dividido entre controle interno e externo, como também em controle direto e indireto, sendo ambas as subdivisões formas de fiscalização, averiguação e

análise dos atos praticados pela Administração Pública, particularmente com relação à condução dos processos licitatórios e formalização de contratos decorrentes.

Mediante as formas constitucionalmente previstas para regulação<sup>1</sup> dos atos administrativos, no âmbito da Administração Pública, o Estado adota mecanismos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas da União<sup>2</sup>, e de controle interno, a citar-se Controladoria Geral da União<sup>3</sup>, como formas de imunizar a gestão pública de práticas, tais como o desvio de finalidade ou desvio de poder pelos agentes públicos, cuja principal vítima é a sociedade, ocasionando cerceamento ao direito à contrapartida dos tributos pagos.

É cediço que o Direito não é o único instrumento de organização da sociedade, haja vista a influência das normas morais e éticas. Todavia é o principal responsável pelo controle externo, tal qual previsto no ordenamento jurídico, que se insere no sistema de fiscalização como meio de reivindicação da sociedade por uma gestão pública mais eficiente, transparente e responsável.

A União Federal, a fim de atender diretamente ao impositivo de publicidade e informação sobre os atos administrativos, instituiu o *Portal de Transparência* por meio da Lei Complementar nº 131/09, alterando a redação da Lei de Responsabilidade Fiscal no que se refere à transparência da gestão pública, e, indiretamente, ao incluí-lo no rol dos instrumentos de controle social, inovando pela disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União e demais Entes Federativos.

A seu turno a impugnação feita pelos participantes, com o fito de questionar a legalidade da fase pré-negocial, englobando a divulgação do edital de licitação ou convite, até a interposição de recursos administrativos na fase de julgamento, para provocar o reexame dos atos

<sup>1</sup> Regulação é composto por uma estrutura que conferirá suporte a um sistema ou processo de controle de produção e execução de atos administrativos. Por sua vez, regulamentação é o ato de impor um regulamento, aqui representado por um conjunto de normas que irão reger um determinado sistema ou processo de regulação. Maria Silvia Zanella Di Pietro apresenta dois conceitos de regulação, o primeiro ao definir Regulação Econômica: "conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada do Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 209).

<sup>2</sup> O Tribunal de Contas da União (TCU), com competências previstas no art. 71, da Constituição Federal de 1988 e demais atribuições alinhadas com a Lei Complementar nº 101/00, Lei nº 8.666/93 e Lei nº 4.320/64, entre outras, é órgão auxiliar do Poder Legislativo, que tem como competência a fiscalização das contas públicas do Poder Executivo Federal.

<sup>3</sup> A Controladoria Geral da União (CGU), criada em 28 de maio de 2003, por meio da Lei nº 10.683/03, com a finalidade de assessorar a Presidência da República nos assuntos relativos ao patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, auto fiscaliza o Poder Executivo por meio da execução do controle interno e por meio de auditoria e ações preventivas, com vistas a combater o dano ao erário e preservar o patrimônio público.

da Administração Pública praticados até então, não são formas de controle social dos atos administrativos de aquisição de bens, prestação de serviços e contratação de obras públicas. Em verdade, são meios de provocação do Poder Judiciário. Segundo Vanderlei Siraque<sup>4</sup>, admitir o exercício do controle social desta forma é negar controle exercido pelo Poder Judiciário:

[...] o Judiciário exerce o monopólio da função jurisdicional e, portanto é garantidor do controle social ou institucional da função administrativa do Estado e não o controlador, exatamente em decorrência do princípio da inafastabilidade de jurisdição. Assim quando os agentes dos órgãos estatais resolvem tentar impedir o exercício do controle de seus atos pelos cidadãos, pelo Ministério Público ou pelo Legislativo, o Judiciário poderá ser provocado pelo interessado para que exerça sua função jurisdicional com a finalidade de resolver o conflito de direito e não para substituir aquele que deseja fazer o controle social ou institucional, porque o Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não fiscaliza, não controla, mas tem o poder-dever, quando solicitado, de garantir o direito público subjetivo à fiscalização das atividades da Administração Pública.

Essa provocação do Poder Judiciário se manifesta, também, quando o usuário do serviço público busca as ouvidorias, e órgãos de conciliação, a fim de obrigar os concessionários a zelar pela eficiência durante a execução dos contratos de prestação de serviços públicos delegados pelo Poder Público, conforme possibilidade prevista no art. 37, XXII, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Assim, entendemos que o termo “controle” divide-se em controle social e controle institucional, e este subdivide-se em controle institucional interno e controle institucional externo. No mesmo sentido, os conceitos de controle social e participação popular não se confundem, tendo em vista não haver controle jurisdicional. Na função jurisdicional, o Judiciário não exerce controle sobre os atos administrativos, contudo, pode anular ou manter atos jurídicos privados ou públicos, totalmente ou parcialmente, por possuir o monopólio do *jus puniedi*, ou seja, a aplicação de sanções jurídicas pela força para a solução de tais conflitos de interesse jurídico.

Vale ressaltar, que o fato de o controle jurisdicional não ser controle social, não induz em relegar o Poder Judiciário a segundo plano, tendo em vista que, se provocado pela sociedade

---

<sup>4</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85

por meio dos seus instrumentos de acionamento<sup>5</sup>, como garantidor do direito fundamental ao controle institucional e social da atividade administrativa do Estado, fará sua aplicação de forma definitiva, de modo a zelar pela segurança jurídica.

Em síntese, a excelência na gestão pública é resultado do emprego dos mecanismos de controle e fiscalização eficientes disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, e, em que o resultado é uma boa gestão pública, que viabiliza a implementação de políticas públicas, capazes de garantir a manutenção dos direitos fundamentais.

Nos dias atuais, diversos fatores, sobretudo os socioeconômicos, têm contribuído para o aumento da incidência de práticas que limitam o controle social, tais como o tráfico de influências, assistencialismo e clientelismo, causando na sociedade a sensação de um significativo grau de impunidade, exigindo que o Estado adote medidas para prevenir a Administração Pública ante as práticas contrárias ao interesse público, com a imputação de sanções segundo critérios de individualização e proporcionalidade.

Após vigência da Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e demais normas, portarias e instruções normativas que regulam a matéria relacionada ao problema central, indaga-se acerca da capacidade do controle social na suplementação eficiente, os meios de controle interno e externo do Estado, inclusive quanto à eficácia e efetividade em contribuição para a segurança jurídica dos atos da Administração Pública.

Da mesma forma, as contribuições do controle social para implementar políticas públicas são aptas a contribuir para a redução das desigualdades sociais e regionais, num contexto que a questão cultural é preponderantemente contrária a tal tipo de participação?

A problemática central será abordada indutivamente por meio da pesquisa exploratória, a fim de conduzir à maior familiaridade com o problema exposto, tornando-o mais explícito e construindo as seguintes hipóteses: os instrumentos de controle social à repressão das práticas dos atos de improbidade no emprego dos recursos públicos são eficientes? Indaga-se se a sociedade tem acesso efetivo aos instrumentos de controle social disponíveis. Há formas de apuração de resultados na mensuração da eficiência deste controle sob o viés da sua eficiência?

Diante das hipóteses acima, persegue-se a busca pela resposta aos questionamentos quanto à eficiência dos meios de controle social nas fases do processo licitatório e da execução

---

<sup>5</sup> Os instrumentos de acionamento do controle jurisdicional encontra-se previstos no art. 5º, LXVIII-LXXIII, da Constituição Federal de 1988, empregados por meio do Direito de Petição previsto no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal de 1988.

dos contratos administrativos, em vinculação ao ordenamento jurídico, bem como suas contribuições e relevância para a fiscalização em observância aos princípios da Administração Pública, a fim de possibilitar ofertar à sociedade, uma gestão pública eficiente, mediante o emprego racional e otimizado dos recursos públicos, com vistas a promover o desenvolvimento social e eliminar as desigualdades sociais e regionais.

Assim, as políticas públicas<sup>6</sup> devem ser sustentáveis, principalmente sob o viés social<sup>7</sup>, pela busca ao equilíbrio da divisão justa de renda, com vistas a atender os objetivos do art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, pela erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais. A eficácia se reveste na melhoria das condições de vida pela satisfação de necessidades básicas, como acesso à moradia, educação, saúde, transporte e previdência social, obtidas pela a implementação de uma governança transparente, justa e vinculada à lei.

O problema central está voltado à aferição da eficiência do controle social, buscando verificar a eficácia dos meios de controle social frente à limitação ao seu exercício, e elencar alternativas para seu pleno exercício pelo administrado durante as fases do procedimento licitatório e execução contratual, viabilizando a consecução do interesse público.

Para responder ao exposto, a seção 1 abordará, num primeiro momento, os conceitos e princípios que balizam os processos licitatórios e a formalização dos contratos administrativos, bem como conferirá a possibilidade de acionamento do controle jurisdicional, pelo impositivo de transparência previsto no art. 37, XXI, § 3º, da Constituição federal de 1988, e no art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93. No mesmo sentido, na seção 2 serão verificadas as formas de controle na Administração Pública e na seção 3 será abordada a eficiência do controle social.

<sup>6</sup> Segundo Maria Paula Dallari Bucci “políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo. A expressão mais frequente das políticas públicas é o plano (embora com ele não se confunda), que pode ter caráter geral, como é o Plano Nacional de Desenvolvimento, ou regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. [...] Há, ainda, uma distinção das políticas públicas quanto ao que poderíamos classificar como ‘nível hierárquico’, em relação aos fins. Assim, por exemplo, a política nacional de educação é uma política geral para o setor da educação, política “de fins”, cuja execução supõe a formulação de políticas ‘de meios’ que digam respeito à contratação de pessoal (política de recursos humanos), à construção de prédios escolares, etc.”(**Políticas públicas e o direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 34 n. 133. jan/mar, 1997, p. 95).

<sup>7</sup> Segundo Juarez Freitas, a sustentabilidade se divide em cinco dimensões: social, jurídico-política, ambiental econômica e ética (FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 73.)

Em síntese, os mecanismos mencionados anteriormente serão mencionados de maneira mais profunda nas respectivas seções, por meio da realização de pesquisa bibliográfica, e pelo emprego do método de abordagem indutivo, partindo-se da premissa da eficiência dos meios de controle disponíveis no âmbito da Administração Pública, a fim de questionar-se, numa premissa menor, essa eficiência na execução do controle social de uma parcela dos atos administrativos, que se restringem àqueles praticados no contexto da condução do procedimento licitatório e durante a formação e cumprimento dos contratos administrativos, insertos na linha de pesquisa "Justiça e o Paradigma da Eficiência".

Por fim, esta pesquisa utilizou como referencial teórico os conceitos relacionados ao controle da Administração Pública contidos na obra de Lúcia Valle Figueiredo e de Juarez Freitas, considerando a ampla pesquisa realizada pelos mesmos acerca do tema em estudo, bem como a autoridade das respectivas argumentações e contribuição para o ambiente jurídico, sendo de extrema relevância para o balizamento dos conceitos bases desta pesquisa.

## **1 – LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**

### **1.1 – LICITAÇÃO**

#### **1.1.1 – Conceito e noções dos princípios da Administração Pública**

A fim de nortear a condução dos processos administrativos, sobretudo os procedimentos dos certames licitatórios, a Administração Pública segue os princípios explícitos no art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988, sendo eles: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos princípios implícitos consagrados pela doutrina<sup>8</sup>, tal qual se destacam a supremacia do interesse público sobre o interesse público, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e responsabilidade do Estado.

Estes últimos, embora sem previsão constitucional direta, têm tido considerável relevância nos julgados do Supremo Tribunal Federal, por entender serem consagrados no devido processo legal, pela sua manifestação na salvaguarda dos bens jurídicos tutelados pelo Estado em sentido amplo. Antes de prosseguir, seguiremos o entendimento do termo "princípio", conforme explica Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>9</sup>

[...] por princípio tem se aquilo sobre o que se baseia ou inicia algo. No caso, um princípio de Direito Administrativo será uma proposição de cunho jurídico que serve de base, de infraestrutura, de orientação vetora interpretativa para uma uniformidade de sentido e, assim, conferir-se validade ao agir administrativo, mediante o estabelecimento de um a lógica sistêmico-normativa.

O princípio da legalidade é diretriz basilar de todos os Estados de Direito, constituindo, em verdade, em sua própria qualificação, cuja formulação mais genérica fundamenta-se no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, em que se insculpem os direitos e garantias fundamentais de nosso ordenamento. Tal dispositivo assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma senão estiver prevista em lei.

---

<sup>8</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 67.

<sup>9</sup> **Administração pública e a regulação dialógica sustentável do turismo.** Interesse Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 69, set./out. 2011.

Esse princípio teve origem no Liberalismo do Século XVIII, cujo direito individual era voltado essencialmente à proteção dos particulares contra o Estado. Assim, ao setor privado é lícito fazer tudo aquilo que não tenha vedação no ordenamento jurídico. Assim, podemos de pronto perceber que tal assertiva é totalmente inaplicável à Administração Pública, haja vista que aos particulares a regra é a autonomia da vontade. Já no Direito Público, somente se aplica a vontade da lei, sendo, portanto, irrelevante a vontade pessoal do servidor público.

Embora o art. 37, da Constituição Federal de 1988 tenha feito menção à legalidade, não estabeleceu um enunciado específico; entretanto, verifica-se que neste ramo do Direito Público existe uma subdivisão, qual seja *lato sensu* e *stricto sensu*. O primeiro define de maneira geral que as condutas, omissivas e comissivas, previstas no ordenamento jurídico devem ser observadas, porém, se não houver lei regulando tais condutas, estas não são consideradas ilícitas. A legalidade estrita define como ilícitas todas as condutas que não tenham a competente regulamentação e venham a ser praticadas.

O conceito em questão é de tamanha relevância, que a inobservância de tal princípio em alguns casos pode ensejar em crime de improbidade administrativa, nos ditames da Lei nº 8.429/92, por atentar contra princípio constitucional da Administração Pública. Contudo, no que diz respeito à Legalidade *lato sensu*, pelo art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, a vedação de conduta comissiva ou omissiva ao particular só pode ocorrer por força de lei, ou por outro lado, se apresentaria como uma garantia ao cidadão contra o excesso do “poder de império” do Estado, ao impor-lhe uma conduta ou abstenção de comportamento sem previsão legal.

O sentido estrito do princípio da legalidade vai além da compreensão literal, ao estabelecer a vinculação dos atos administrativos, salvaguardando o interesse público ante o desvio de finalidade. Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup> o princípio da legalidade

É o fruto da submissão do Estado. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade a lei e que, de conseqüente atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

Se assim não fosse, não haveria possibilidade de qualquer forma de controle na emanção dos atos administrativos, de modo que a oportunidade e a conveniência seriam regra,

---

<sup>10</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103.

concedendo grande flexibilidade ao Administrador Público, e demais precedentes decorrentes do desvio de finalidade de tais atos, a exemplo das práticas nepotistas, paternalistas e, sobretudo, de fomento ao clientelismo.

É cediço, também, que a emanação de atos dotados de discricionariedade, apesar de serem orientados sobre o juízo valorativo da oportunidade e conveniência, devem se revestir de certa vinculação, sob o risco de contrariar os demais princípios constitucionais, a exemplo da Impessoalidade. Maria Paula Dallari Bucci<sup>11</sup> tece um comentário muito interessante a respeito dessa vinculação do ato discricionário à legalidade, sob critério de razoabilidade

[...] a nota de bom-senso que caracteriza a razoabilidade está presente em inúmeras situações no direito administrativo, sem que se apresente, necessariamente, sob essa formulação [...]

[...] a simples regra de bom-senso não mereceria ser trazida à condição de categoria jurídica se a evolução do sistema não reclamasse a existência de um princípio ordenado que proscrevesse o padrão formal vazio. Isso porque, estando essa forma aparentemente fundada no princípio da legalidade, seria necessário um outro princípio, com *status jurídico* equivalente, a temperá-la.

Em síntese, a legalidade em sentido estrito visa a limitar a atuação do Poder Público de modo a garantir a essência do Estado Democrático de Direito, principalmente quanto à proteção do interesse público. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>12</sup>, o princípio da legalidade “representa a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa, por conseguinte, sub legal ou infra legal, devendo restringir-se à expedição de comandos complementares à lei”.

A lei, por meio de comandos gerais e abstratos, é a vontade da sociedade, representada pelo Poder Legislativo. Para tanto, o princípio da legalidade possui o escopo de garantir que a atuação do Poder Executivo seja tão somente para a concretização dessa vontade geral; logo, há somente uma finalidade a ser perseguida pela Administração Pública, a qual está expressa ou implícita na lei que determina, autoriza e legitima determinado ato.

---

<sup>11</sup> Bucci, Maria Paula Dallari. **O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 4, n. 16, p. 173–177, jul./set., 1996.

<sup>12</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103.

A impessoalidade na atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado e orientado por interesses do agente público ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato por essência, além de impedir perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado em razão de objetivo diverso da tutela do interesse público será inválido por desvio de finalidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>

[...] a impessoalidade é próprio da isonomia ou igualdade, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhe o acesso em plena igualdade.

Observa-se que o outro desdobramento do princípio da impessoalidade tem por escopo proibir a vinculação de atividades da administração à pessoa dos administradores, evitando que estes utilizem a propaganda oficial para promoção pessoal, de forma que os impositivos de impessoalidade relacionem-se com a própria finalidade pública e com os impositivos da legalidade. Destarte, os atos da Administração Pública devem afastar-se de interesses pessoais e privados, tendo em vista que o interesse público é supremo perante o interesse privado.

Na discricionariedade, os requisitos de oportunidade e conveniência dos atos administrativos encontram limites nos impositivos de vinculação legal de tais atos, de modo a afastar as possibilidades de vícios de pessoalidades. Da mesma forma, tal princípio relaciona-se com a isonomia presente no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, em que é defesa a discriminação ou qualquer forma de privilégio individual, a fim de coibir práticas como tráfico de influência, clientelismo ou assistencialismo político.

A moralidade está presente no conjunto de regras de conduta que balizam a motivação dos atos administrativos de modo a disciplinar o agente público em todas as suas ações. A vinculação à lei não é suficiente, tendo em vista que muitas vezes a legalidade não encontra proteção na moralidade e na ética, ou seja, um ato pode possuir legalidade estrita, mas não ser justo por não ser moralmente aceito. Neste momento, surge a dúvida acerca da própria legalidade do ato, por contrariar princípio constitucional. Ocorre que o conceito de moralidade

---

<sup>13</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

está ligado ao conceito de boa administração, que Juarez Freitas<sup>14</sup> afirma ser intrínseco no contexto da administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres respeitando à moralidade e privilegiando a transparência e a sustentabilidade.

Os termos ética e moral não são sinônimos, embora derivados do vocábulo “costume”. O conteúdo ético abrange o conteúdo moral, atentando para a possibilidade de agir eticamente contrariando a moral. O caso típico é a eutanásia<sup>15</sup>, também conhecida “como boa morte”<sup>16</sup>, que consiste na antecipação da morte, visando pôr fim ao sofrimento alheio. Sob o ponto de vista ético, a conduta pode ser justificável, não obstante seja moralmente reprovada pelo descumprimento da lei.

Motivada pela própria moral, uma pessoa age em conformidade com os costumes e valores, coletivos independente do juízo de valor individual; logo, é possível agir moralmente sem observância de critérios éticos. José Roberto Nalini ratifica essa afirmação, com relação às expressões, "ética" e "moral"<sup>17</sup>

A distinção conceitual não elimina o uso corrente das duas expressões como sinônimas. A origem etimológica de Ética é o vocábulo grego "ethos", a significar "morada", "lugar onde se habita". Mas também quer dizer "modo de ser" ou "caráter". Esse "modo de ser" é a aquisição de características resultantes da nossa forma de vida. A reiteração de certos hábitos nos faz virtuosos ou viciados.

O comportamento ético é materializado quando emitimos um juízo de valor de ordem pessoal a respeito de determinadas condutas, representando o estatuto de princípios e valores que vão orientar as pessoas individual e coletivamente no mundo atual, sobretudo diante das mudanças causadas pelos avanços tecnológicos, postos à disposição da humanidade, de tal forma que se pode afirmar que a ética faz parte da filosofia, e a moral faz parte da vida concreta. Segundo Manfredo Araújo de Oliveira<sup>18</sup>, "a intervenção tecnológica altera a própria natureza do

<sup>14</sup> **Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

<sup>15</sup> Segundo Fernando Capez é o antônimo de distanásia, e consiste em pôr fim a vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abbreviar-lhe o sofrimento.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Vol. 2.** 9ª ed. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 35.

<sup>17</sup> NALINI, José Roberto. **Ética Geral e Profissional.** 7ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009. p. 19.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, Direito e Democracia.** 2ª ed. São Paulo. Paulus, 2010. p. 10.

agir humano, de modo que não só a biosfera do planeta, mas também a natureza como um todo passa a ser implicada na esfera do agir humano e, portanto, de sua responsabilidade<sup>19</sup>.

O conceito jurídico induz a exigência de atuação ética dos agentes da administração pública, sob uma moral administrativa que, por sua vez, difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação de atos administrativos praticados com inobservância desse princípio. Para atuar em respeito à moral administrativa, não basta que o agente cumpra a somente a letra da lei, mas também o seu cerne, seu espírito, juntando o legal aos valores éticos e morais.

A Constituição Federal de 1988 teve especial preocupação com a questão da moralidade administrativa, segundo a qual, o princípio encontra-se resguardado em diversos dispositivos, com maior ênfase no seu art. 85, V, que tipifica como crime de responsabilidade, os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade administrativa.

Ao lado destes dispositivos voltados para a administração, a Constituição Federal de 1988 conferiu aos particulares o poder de fiscalizar e exigir o respeito à moralidade da Administração Pública por meio da Ação Popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual, qualquer cidadão é parte legítima para sua propositura que vise à anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Desta forma, o ato administrativo deve ser essencialmente dotado, além dos princípios constitucionais abordados, de razoabilidade e boa fé, sob risco de ser considerado ilegal, haja vista a previsão constitucional, e o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do Recurso Especial nº 579.951, de 20 de agosto de 2008, em que aquela Corte entendeu com agressão ao princípio da moralidade pela prática do nepotismo<sup>20</sup>.

A questão da razoabilidade é outro conceito que se liga aos conceitos morais e éticos de forma muito próxima; no entanto, sua aplicação ocorre nas ações discricionárias. Mas, apesar

<sup>19</sup> É oportuno ressaltar, que a crítica anterior não tem a intenção de contrariar os benefícios dos avanços tecnológicos, mas questionar as consequências de tal isolamento à natureza humana, já que somos seres eminentemente sociáveis, e assim, as consequências as nossas concepções acerca dos nossos valores éticos e morais nos relacionamentos sociais.

<sup>20</sup> Por nepotismo entende-se tratar-se de nomeações, contratações ou designações de familiar de agente político, integrante da administração pública direta ou indireta, autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento.

de também de tais ações possuírem vinculação à lei, é orientada por requisitos de oportunidade e conveniência relacionados ao ato administrativo emanado pelo agente público.

Quando esse agente age com a inobservância de tais atos e contrariando a racionalidade e o bom senso, distancia-se da legalidade, por falta de enquadramento em tais qualidades. Para Maria Paula Dallari Bucci<sup>21</sup>, “o princípio da razoabilidade tem desempenhado, nos países da *common law*, o papel que o princípio da legalidade desempenha nos países de direito administrativo”. O administrador público não possui a prerrogativa de orientar sua atuação segundo o seu juízo de valor, mas por valores ordinários e comuns a toda coletividade.

O princípio da razoabilidade é intrínseco ao sistema jurídico, e, consequentemente, relacionado à lógica do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988. Assim, ser razoável é a própria vedação à interpretação ou aplicação da lei que autoriza sua atuação orientada por valores pessoais, mas a partir da perspectiva do resultado que corresponda à concretização da justiça, uma vez que não resulta da racionalidade, mas da razoabilidade na limitação ao exercício do Poder Discricionário.

Nesse sentido, para Maria Paula Dallari Bucci<sup>22</sup> “a aplicação do princípio da razoabilidade seja um fator de prestígio à legalidade em seu sentido mais próprio, isto é, visando alcançar os fins da lei - norma geral e abstrata aprovada pelos representantes do povo - e realizar os valores por ela tutelados”. Já para Lúcia Valle Figueiredo<sup>23</sup> “a importância jurídica da razoabilidade se aplica a todos os atos administrativos discricionários, logo, necessário haver existir ligação lógica entre as situações fáticas e as decisões administrativas”.

A razoabilidade exige que o administrador opte sempre pela forma mais adequada para o atendimento do interesse público, agindo a partir de critérios objetivos e impessoais. Assim, tais atos devem ser também, dotados de total impessoalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>24</sup> entende que a impessoalidade “não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”.

No Direito Administrativo, o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade propõem-se a estabelecer um sistema de pesos e contrapesos, de forma a regular os atos discricionários emanados pelo Poder Público. A ideia da razoabilidade está

<sup>21</sup> **O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 4, n. 16, p. 173–177, jul./set., 1996.

<sup>22</sup> Ibidem, p 173-177.

<sup>23</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

<sup>24</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117.

correlacionada às hipóteses de adequação e necessidade do ato em questão, ou seja, devem ser capazes de alcançar o fim almejado, bem como mostrar-se necessárias aos interesses e necessidades daquela coletividade.

A proporcionalidade apresenta-se como uma vertente da razoabilidade, pois seu conceito se refere à própria vedação ao excesso, dessa forma, o contraste excessivo entre o meio utilizado e o objetivo almejado, pode induzir à ilegalidade do ato e a sua consequente nulidade.

O agente público deve agir com probidade de forma que atos contrários aos conceitos abordados anteriormente, afetam a credibilidade e confiabilidade da Administração Pública perante a sociedade. O menor indício de desvio de conduta impõe a dúvida sobre a imparcialidade e moralidade do ato, comprometendo, inclusive, a sua validade.

A obrigação de adequação entre o meio utilizado e o objetivo público pretendido é impositiva para o afastamento da hipótese de falta de credibilidade, de forma a banir medidas abusivas ou de qualquer outro método desproporcional. Para Juarez Freitas<sup>25</sup>, “o administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”. Segundo Maria Paula Dallari Bucci<sup>26</sup> deverá o ato, “além de conforme aos princípios tradicionais, ser razoável, o que significa que, entre outros atributos, deve manter proporcionalidade entre meios e fins”.

O princípio da publicidade determina que todos os atos administrativos devem ser dotados da máxima transparência e sem restrição de acesso aos administrados, resguardados o sigilo<sup>27</sup> daqueles que assim o exigem. Pela sua veiculação no Diário Oficial da União e por meio de jornais de grande circulação, é proporcionada a transparência necessária à fiscalização direta por parte da sociedade, ampliando desta forma, o acesso à informação e permitindo o controle externo e institucional da função administrativa do Estado.

Em que pese o Diário Oficial da União ser considerado imprensa oficial para publicidade dos atos administrativos no âmbito da União, é facultada a utilização de outros meios de divulgação, desde que utilizados com habitualidade. Todavia, é defesa a utilização alternada

<sup>25</sup> **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 57.

<sup>26</sup> **O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 4, n. 16, p. 173–177, jul./set., 1996

<sup>27</sup> Determinados atos da Administração Pública devem ser dotados de certo grau de sigilo, de modo que somente alguns interessados devem ter conhecimento do conteúdo daqueles atos praticados, sem caracterizar qualquer espécie de privilégio. Na verdade trata-se de salvaguardar o interesse da coletividade dada os reflexos negativos da ampla difusão de tais informações, em detrimento do significado amplo dos impositivos de publicidade dos atos administrativos de maneira geral. (Art. 3º, I, da Lei nº 12.527/11.)

desses meios de publicidade, com vistas a facilitar os conhecimentos e seu decorrente controle social.

A regulação da publicidade encontra polêmica no conteúdo do Decreto Federal nº 4.520/02, que assegura a sua presunção em alguns atos e instrumentos jurídicos por meio da sua publicação no Diário Oficial Eletrônico, questionando-se até que ponto a acesso a tais atos seria amplo, tendo em vista que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apenas metade da população brasileira tem acesso à internet<sup>28</sup>.

A eficiência é o princípio constitucional mais recente, inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, determina que o agente público deve realizar suas funções a máxima presteza e perfeição, de modo a apresentar o melhor desempenho possível, pela organização e disciplina em todos os atos administrativos sob sua responsabilidade.

Na obra atualizada de Hely Lopes Meirelles encontramos referência ao princípio da eficiência como “o que impõe a todo agente público a obrigação de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”<sup>29</sup>. A função administrativa já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório ao atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

A supremacia do interesse público, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>30</sup> “é também chamado de princípio da finalidade pública, e está presente no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública.” Seu objetivo é a proteção do interesse da coletividade em detrimento aos interesses individuais, demonstrando em parte um viés social.

Assim, a individualidade pode ser representada pelos anseios de determinados grupos sociais, de forma a não de sobrepor aos interesses da sociedade com um todo. Por outro lado, esse conceito de supremacia não induz em sobrepujar os interesses privados, uma vez que em nosso Direito prevalece o respeito à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Apesar da discricionariedade do servidor público, os atos administrativos devem possuir motivação específica vinculada à lei, pressupostos de direito e de fato, que são as

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/assunto/inclusao-digital/>>. Acesso em: 01 Mai. 2016.

<sup>29</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

<sup>30</sup> **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

situações que impulsionaram a prática daquele ato. Esse princípio se materializa com a publicidade dada, mediante a sua divulgação e veiculação pelos meios midiáticos relevantes.

### **1.1.2 – Noções dos princípios licitatórios**

A intensificação das atividades estatais e o crescimento das demandas da sociedade conduziram à necessidade de terceirização de serviços públicos, beneficiando as entidades privadas, na satisfação de tais necessidades, por intermédio da contratação de pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 regula que, excetuados os casos previstos em lei, as obras, serviços, compras e alienações deverão ser precedidos de contratação mediante processo de licitação pública e orientados por critérios de igualdade de condições a todos os concorrentes, fixando obrigações de pagamento, condições efetivas da proposta, nos termos da lei, e estabelecendo exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Hely Lopes Meirelles<sup>31</sup> definiu licitação como “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>32</sup>, apresenta tal conceito como,

[...] procedimento administrativo pelo qual um Ente Público, no exercício da função administrativa, abre a todos interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

O procedimento licitatório compreende todas as fases anteriores à celebração do contrato administrativo, apresentando-se em fases interna e externa e de desenvolvimento do

---

<sup>31</sup>.**Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 281.

<sup>32</sup>.**Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 350.

contrato, o que Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas definiram como fase pré-negocial<sup>33</sup>

As fases do processo em que os contratos administrativos se revelam são definidas e divididas em pré-negocial (interna e externa) e de desenvolvimento, sendo que, nos tempos mais recentes, suas concepções não prescindem dos institutos da sustentabilidade, solidariedade, participação popular e do controle social, havidos como vias de fortalecimento do já antigo espírito de colaboração que deve permear também os ajustes públicos, conforme se extrai da relação jurídica de Administração Pública e do princípio da boa-fé objetiva administrativa, inserto no primado da moralidade administrativa.

Antes de falarmos dos princípios licitatórios é necessária uma breve abordagem das fases comuns em todos os procedimentos licitatórios, sendo ele: o edital, a habilitação, adjudicação e a homologação do ato.

O edital é o instrumento de convocação que simboliza o marco inicial de todo o procedimento e define as regras de participação, o objeto de compra ou contratação, e torna o certame público a todos os interessados em participar. É de suma importância que tais regras, além de claras e completas (principalmente com relação à definição do objeto), sejam também objetivas.

Na fase da habilitação ocorre a análise das condições do licitante de contratar com a Administração Pública, por intermédio da demonstração de documentos comprobatórios exigidos já no edital. O licitante deverá demonstrar condições técnicas, capacidade econômica para entregar o objeto da licitação, bem como regularidade fiscal, sendo que a manifestação de qualquer incapacidade enseja em inabilitação. Entretanto ante a inabilitação de todos os licitantes, pelo princípio da economia processual, a lei permitiu o saneamento da habilitação, conferindo novo prazo para apresentação de documentos exigidos no edital.

Superada a fase de habilitação, no julgamento das propostas serão utilizados critérios de “menor preço” (que é aplicado na maioria das licitações). Já a “melhor técnica” será analisada após a abertura dos envelopes das propostas técnicas, graduando-se as propostas, segundo regras do instrumento de convocação, passando-se à análise da melhor proposta comercial e, em caso de

<sup>33</sup> **Contratos Administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil.** Revista de Direito Administrativo & Constitucional, São Paulo, nº 65, jul./set. 2016.

empate, sempre se optará pelo menor preço, desde que consultado os vencedores da proposta técnica e se fornecerem o bem ou serviço pelo menor preço. Pelo critério da melhor técnica e preço, nos casos de objetos de necessidade de alta qualidade, a opção será pelo meio termo entre técnica e preço.

Definido o vencedor, pela homologação a autoridade competente, poderá anular (se tiver vício), revogar (se não mais houver interesse de contratação) ou contratar o vencedor, e em ato contínuo, adjudicar o objeto em questão aos vencedores. Se houver desistência do vencedor em contratar com a Administração Pública, será sancionado, e automaticamente será convocado o segundo colocado.

Nesse sentido, reforçando os princípios constitucionais implícitos e explícitos reguladores dos atos da Administração Pública, acrescenta-se o princípio da igualdade previsto no art. 5º, da Constituição Federal de 1988, reforçando o conceito fundamental que orienta os atos administrativos dos certames licitatórios, em que todos os licitantes se encontram em condições de isonomia quanto à possibilidade de contratar com a Administração Pública segundo princípios já expostos anteriormente e acrescidos pelos previstos no art. 3º, da Lei nº 8.666/93, que serão abordados as seguir.

O princípio da formalidade, embora não se encontre expresso no *caput* do art. 3º de lei, é incluído por Hely Lopes Meirelles<sup>34</sup> como princípio cardeal das licitações e está enunciado no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, caracterizando o procedimento licitatório como ato administrativo formal, praticado por integrante competente no âmbito da Administração Pública. Por sua vez, para Sidney Bitencourt<sup>35</sup> o procedimento formal pressupõe um rito administrativo formalizado, o que não significa que a Administração Pública deve ser formalista ao extremo, a ponto de fazer exigências inúteis e desnecessárias à licitação.

Destarte todos os atos do processo licitatório devem estar vinculados, submetendo-se às formalidades e prescrições legais previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, tal fato não implica em excesso de formalismo, haja vista a contrariedade da própria eficiência, eficácia e efetividade. O objetivo principal é observar que o processo não pode ser um fim em si mesmo, para garantir à sociedade um acompanhamento efetivo de todas as fases do processo licitatório, como meio de exercício de controle social.

<sup>34</sup> **Direito Administrativo Brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 282.

<sup>35</sup> **Licitação.** 8. ed. São Paulo: Forum, 2016, p. 71.

O princípio da isonomia ou igualdade quando se trata de procedimento licitatório induz à ideia de igualdade entre os licitantes, uma vez que visa assegurar a observância do princípio constitucional da isonomia, conferindo significativa relevância a esse princípio. Com efeito, a observância da igualdade entre os participantes implica um duplo dever, haja vista que impõe não apenas tratar isonomicamente todos os que participam dos certames, mas coibir a prática de discriminações de qualquer espécie durante a fase de julgamento das propostas.

Nesse mesmo viés, a Administração Pública não pode estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório enseja a observância estrita do conteúdo do edital de licitação, de forma qualquer ato administrativo contrário enseja nulidade provocada pelo prejudicado, por meio de impugnação, conforme previsão do art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93, e do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02.

Essa vinculação abre a possibilidade de exercício eficaz do controle social na fase pré-negocial, uma vez que a lei legitima qualquer cidadão ao exercício do direito de impugnação do edital de licitação, ante à hipótese de ilegalidade. Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital é “a lei interna da licitação”<sup>36</sup> e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

O princípio do julgamento objetivo baseia-se nas regras previstas no edital e nos termos específicos da proposta apresentadas pelos licitantes, sendo vedada a discricionariedade no ato de julgamento das propostas. Nessa esteira é possível notar que a doutrina ressalta o fato de ser impossível eliminar-se todo o subjetivismo de qualquer julgamento, além de possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelo exercício do controle social e pela atuação dos meios de controle da Administração Pública.

O princípio da competitividade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>37</sup> é um dos princípios norteadores das licitações públicas, afirmando ser ele “a essência da licitação”. A lei veda aos agentes públicos a admissão, previsão, inclusão ou tolerância, nos atos de convocação, de cláusulas ou condições que atentem contra a competitividade e estabeleçam

<sup>36</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 285.

<sup>37</sup> **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 553.

preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, cuja violação é tipificada como crime na forma do art. 90, da Lei nº 8.666/93.

O sigilo das propostas, que decorre da própria lógica do procedimento e encontrar-se enunciado, embora indiretamente no art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93, impõe publicidade às licitações, declarando públicos e acessíveis à sociedade, os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. Assim, observância do sigilo das propostas até sua abertura é de tal importância que constitui crime sua violação, como consta do art. 94, da Lei nº 8.666/93.

Pelo princípio da adjudicação compulsória, Hely Lopes Meirelles<sup>38</sup> entende que, “o princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor”. Ademais, esse princípio também veda que se inicie novo procedimento licitatório enquanto a adjudicação anterior estiver válida. Entretanto cumpre ressaltar, que não há de se confundir adjudicação com a celebração do contrato, uma vez que a adjudicação garante tão somente ao adjudicando, o direito de celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação com a Administração Pública.

Todavia, é possível que o contrato não venha a ser celebrado, por motivos como a anulação do procedimento, ou de adiamento da celebração por motivo ainda que justificado, como por exemplo, o contingenciamento orçamentário na órbita do Ente Federativo contratante. Concluída a homologação da adjudicação o procedimento licitatório se encerra<sup>39</sup>.

Por fim, após a conclusão do procedimento licitatório, a disponibilidade de numerário previsto no orçamento, determinará a celebração do contrato administrativo, segundo princípios licitatórios abordados nesta subseção e princípios do contrato administrativo que serão trabalhados de forma mais detalhada e clara na seção 2 deste trabalho.

---

<sup>38</sup> Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286.

<sup>39</sup> Vale ressaltar que a Administração Pública fica impedida de celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade *ab initio* do procedimento por completo. Assim, diante da ratificação da intenção de contratar, a Administração Pública convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitando ou retirando o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, com o risco de decair o direito à contratação, entretanto sem prejuízo das sanções previstas no art. 81, da Lei nº 8.666/93.

## 1.2 - CONTRATO ADMINISTRATIVO

O Código Napoleônico, influenciado pela Revolução Francesa, estabeleceu que os contratos seriam meios de aquisição da propriedade, portanto a forma mais significativa de satisfação dos interesses burgueses àquela época. Já o Código Civil italiano no mesmo sentido do Código Civil Alemão estabeleceu que o contrato era forma de negócio jurídico, conceito esse que veio a ser adotado pelo Código Civil Brasileiro de 1916 e o de 2002.

O vocábulo contrato é definido por Carlos Roberto Gonçalves<sup>40</sup>, como “espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes”. Já no Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles<sup>41</sup> entende que se trata “de acordo de vontades, firmados livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos”, da mesma forma que para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>42</sup>, “o contrato administrativo é reservado para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas e privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

### 1.2.1 - Requisitos do contrato administrativo

Após a conclusão do procedimento licitatório, passa-se à fase de celebração do contrato administrativo, conforme condições pré-estabelecidas pelo Poder Público, de modo que sua formalização somente ocorrerá se houver adesão do contratado às condições impostas, salvo os casos de compra de bens com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, conforme o art. 62, §4º, da Lei nº 8.666/93, em que não existe a necessidade de formalização contratual.

Os contratos administrativos, em regra, devem ser formalizados por escrito, com exceção das compras de pequeno valor e de pronta entrega, que comportam a forma verbal, por fundamento do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. A contrário sensu, nos casos de contratações de valor correspondentes às modalidades Concorrência e Tomada de Preço, portanto contratação de grande valor agregado, é obrigatório um termo de contrato que reproduza todas as exigências que constaram do edital de licitação.

---

<sup>40</sup> **Direito Civil Brasileiro**. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

<sup>41</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 214.

<sup>42</sup> **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 251.

É importante afirmar que o conteúdo do contrato é duplamente vinculado, pois se subordina ao edital da licitação que o precedeu, bem como à proposta ofertada pelo licitante vencedor, cujo desrespeito às regras do edital e aos termos da proposta ofertada, na fase da formalização do contrato, induzirá à nulidade do contrato. Esse entendimento é reforçado por Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>43</sup> por entender

[...] que o conteúdo do contrato administrativo, conteúdo é basicamente representado pelas normas que obrigam o contratado a cumprir a prestação de determinado modo e pela norma que impõe à Administração o dever de, uma vez executado objeto pelo contratado, efetuar o pagamento num prazo específico.

É cediço que o conteúdo das cláusulas contratuais faz lei entre ambas as partes, ensejando, inclusive, no cumprimento das obrigações acessórias, segundo os princípios da boa-fé objetiva, moralidade e razoabilidade, na execução das obrigações principais, no atendimento das demandas sociais. É justamente esse impositivo, o maior motivador ao exercício do controle social pelo beneficiário da obra pública ou usuário do serviço prestado pelo contratado ou concessionário, em contrapartida dos impostos pagos ao Estado.

Quanto ao objeto do contrato público, como pressuposto de existência dos contratos de maneira geral, conforme art. 104, do Código Civil Brasileiro, tem sua aplicação à relação jurídica obrigacional, por serem deveres jurídicos das partes, os encargos de dar, fazer ou não-fazer. Diz com as específicas prestações sobre as quais a avença versa, bem como as correlatas sanções e garantias de adimplemento de ambos os contraentes. Para Roberto Correia da Silva Gomes Caldas o conteúdo do objeto

[...] são cláusulas essenciais em todo contrato as que estabeleçam: o objeto prestacional e seus elementos; regime de execução ou a forma de fornecimento; preço e condição de pagamento, reajuste de preços e atualização monetária; prazos de início e conclusão da avença; o critério pelo qual haverá a correrão das despesas; as garantias oferecidas para assegurar sua execução, quando exigidas; os direitos, responsabilidades das partes e as respectivas apenações, inclusive pecuniárias (multas); as hipóteses de rescisão, com o reconhecimento dos direitos da Administração Pública, em caso de rescisão administrativa, provocada por inexecução total ou parcial do contrato; a data e a taxa de câmbio

---

<sup>43</sup> **Contratos Administrativos: seus requisitos, fases processuais e invalidades.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo v. 34, 2014, p. 335-357.

para conversão; a vinculação ao edital; a legislação aplicável; e a obrigação do contratado de manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Já dentre as cláusulas implícitas, configuradas pelas ditas cláusulas exorbitantes que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração Pública ou ao contratado, seu objeto será expressão de sujeição especial, também chamada de relação de especial sujeição, enquanto regulamentação do ajuste público, cuja validade se constata desde que fundada em lei ou princípio que regeria a atividade administrativa<sup>44</sup>.

Todavia, vale lembrar que o objeto não se relaciona somente ao conteúdo do contrato administrativo, mas vincula-se à própria motivação da demanda social, e principalmente à motivação legal do ato administrativo, cuja ausência pode ensejar em sua nulidade. Em face dessa questão, dentre os requisitos aqui representado pelo objeto do contrato administrativo, impõe obrigações ao parceiro privado, sobretudo pelas cláusulas exorbitantes para adimplemento da prestação daquele conteúdo, assim como à Administração impõe o pagamento da avença nas condições de execução e de tempo pré-fixados.

Esse desequilíbrio nos polos da relação contratual conferida pela autoridade conferida pela presunção de seus atos, pelo poder de controle e fiscalização do contrato e pela possibilidade de aplicar sanções ao oblativo privado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>45</sup>, “esses traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que as particularidades de cada qual se especificam, ademais, nas cláusulas “exorbitantes que porventura contenham”.

Por sua vez, a motivação do ato administrativo de contratar consiste em externar os fundamentos de fato e de direito que deram origem ao seu conteúdo, fundados e baseados na legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade, ainda que diante da discricionariedade do administrador público, vincula-se ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e se submete às todas as formas de controle, inclusive ao social. Nesse aspecto, tem-se a motivação que antecede a própria execução do contrato administrativo, como um elemento que se posta em conjunto ao conteúdo na fase pré-negocial, ou seja, o objeto da licitação que o precedeu.

---

<sup>44</sup> **Contratos Administrativos: seus requisitos, fases processuais e invalidades.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo v. 34, 2014, p. 335-357.

<sup>45</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 635.

Destarte fica claro que a motivação para assegurar a supremacia do interesse público<sup>46</sup> e atender as demandas da sociedade, é antecedente a execução do ato administrativo, logo, anterior à fase pré-negocial, que por tratar-se de pressuposto de existência, é a própria subsunção à norma legal, posicionando-se como componente elementar no questionamento pelo controle racional, político e jurídico do contrato administrativo.

Os atos que possuem motivação pessoal, além de atentarem contra a probidade administrativa, se caracterizam por desvio de finalidade, logo sendo o principal alvo do controle social, por meio de seus instrumentos que serão abordados em seção mais adiante. Neste sentido, a motivação dos atos discricionários deve possuir vinculação à lei. Segundo Juarez Freitas<sup>47</sup> “a distinção sutil entre os atos vinculados e discricionários cinge-se à intensidade da vinculação à determinação normativa prévia, não quanto às exigências de justificação dos pressupostos.”

Desta forma a motivação é essencial ao controle do ato administrativo pela sociedade e pela autotutela administrativa, e forma a se opor aos erros, vícios e desvios de poder e de finalidade na gestão pública.

### **1.2.2 - Características do contrato administrativo**

Nos contratos administrativos algumas características sempre estarão presentes, sendo elas, a presença da Administração Pública como Poder Público, pertinência com a finalidade pública, a fiel obediência à forma prescrita em lei, o alinhamento ao procedimento legal, natureza de contrato de adesão, prestação *intuitu personae*, mutabilidade e a presença das cláusulas exorbitantes.

Conforme previsão do art. 55, da Lei nº 8.666/93, Hely Lopes Meirelles entende como cláusulas essenciais ou necessárias" toda a cláusula cuja omissão impeça ou dificulte a

<sup>46</sup> É na fase pré-negocial do pacto público que se tem o planejamento setorial mais concreta e contemporaneamente considerado para a implantação da melhor e mais pertinente política pública, planejamento este clara e paulatinamente mais participativo e com base na sustentabilidade, a culminar na ulterior realização do edital de licitação e subsequente celebração e subscrição do instrumento do ajuste, mediante o qual há uma previsão de como deverá se dar seu desenvolvimento, com a gestão, assim, da implantação de uma política pública *in concreto* até o seu normal exaurimento (gestão a qual, cumpre salientar, se revela aparelhada, para tanto, de um controle não apenas institucional, mas também social, ou seja, exercido de forma direta pela população). (DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Contratos Administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, São Paulo, nº 65, jul./set. 2016.)

<sup>47</sup> **Direito Fundamental a Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 57.

execução do contrato, seja pela indefinição de seu objeto, seja pela incerteza de seu preço, quer pela falta de outras condições necessárias e não esclarecidas.”<sup>48</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>49</sup> entende que “cláusulas exorbitantes são próprias do contrato administrativo, como os poderes de alteração, rescisão unilateral, de fiscalização e de aplicação de sanções”. Complementarmente, tal cláusula é o principal diferencial em relação ao Direito Privado, por extrapolar as previstas nos contratos civis, além de representarem um privilégio do Poder Público e, ao mesmo tempo, impor-se como restrição ao contratado.

A prevalência do Poder de Império por imposição de representação do interesse da sociedade manifesta-se como supremacia do interesse público, pois a contrário senso, haverá desvio de finalidade e lesão aos princípios supracitados. Por sua vez, o meio eficaz para a preservação das características elencadas até aqui é sua vinculação à Lei nº 8.666/93, que balizará a condução para a almejada eficácia na gestão dos recursos públicos.

Os contratos administrativos são compostos basicamente pelo componente subjetivo, Administração Pública e pessoas de direito privado, que se manifestam por meio do elemento volitivo, e pelo componente objetivo que vinculado à lei, e nos limites dos princípios gerais dos contratos e do Direito Administrativo, compõe-se de cláusulas essenciais ou necessárias, e de cláusulas exorbitantes intrínsecas e extrínsecas. Da mesma forma, os contratos administrativos são por essência contratos de adesão que não permitem que as partes discutam livremente acerca das condições a serem pactuadas, considerando a prevalência da vontade de um dos contratantes sobre a da outra parte.

Não menos importante que as demais características, pela possibilidade de alteração unilateral das suas cláusulas em razão das necessidades da Administração Pública, ocorre sua distinção em relação ao contrato privado, pois durante a celebração, o oblato está ciente dessa exigência, logo, estará obrigado a aceitar tais alterações, por vinculação a Lei nº 8.666/93. Já pela hipótese bilateral, a alteração dos contratos também pode ocorrer por acordo entre a Administração Pública e o contratado.

No contexto das hipóteses de alteração bilateral, por meio do art. 65, da Lei nº 8.666/93, o legislador listou os casos de alteração por convenção entre as partes, que não difere muito das que ocorrem nos contratos privados, tendo em vista que as partes estão em condições

<sup>48</sup> **Direito Administrativo Brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 227.

<sup>49</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 260.

de igualdade para a negociação de ajustes na execução contratual. Por oportuno, cumpre ressaltar que existe uma última hipótese, além das já citadas, para os casos em que será necessária a revisão do equilíbrio econômico<sup>50</sup> financeiro do contrato.

Convém ressaltar, que os limites<sup>51</sup> somente aplicam-se às alterações quantitativas, de modo que se a alteração for baseada numa necessidade qualitativa, a exemplo da alteração do projeto ou das especificações técnicas, não haverá limites legais para o acréscimo ao valor.

Neste viés as hipóteses que tornam necessária a revisão do equilíbrio econômico e financeiro do contrato são a necessidade de alteração unilateral do contrato, seja quantitativa ou qualitativa, de forma a aumentar os encargos do contratado, induzirá a necessária revisão do valor a ser pago inicialmente, a exemplo de situações como o Fato do princípio<sup>52</sup> e a Teoria da imprevisão<sup>53</sup>.

Por fim, diante da possibilidade de alteração do contrato, abre-se a possibilidade para a rescisão do contrato nas situações do art. 79, da Lei nº 8.666/93, por ato unilateral e escrito emanado pela Administração Pública nos casos do art. 78, incisos I a XII, e XVII, tudo da Lei nº 8.666/93<sup>54</sup>, e por fim, de forma amigável por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo de licitação, desde que haja conveniência para a Administração Pública ou decisão judicial nos

<sup>50</sup> Tal possibilidade visa compensar todas as prerrogativas que a Administração Pública tem no contrato, decorrendo de situações inesperadas ou da possibilidade de alteração unilateral dos contratos que venham a impor mais encargos para a outra parte, de modo que a revisão a ser proposta garanta a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, com o objetivo de preservar o equilíbrio econômico e financeiro à época do início do contrato, na forma do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

<sup>51</sup> É cediço que tais alterações não podem ocorrer de maneira indiscriminada, sob o risco de alteração do equilíbrio atuarial do contrato, assim ao teto de alteração qualitativa deverá limitar-se a 25% (vinte e cinco por cento) de acréscimo ao valor do contrato em caso de obras, serviços e compras, e a 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato nos casos de reforma de edifício ou equipamentos, e da mesma forma para as supressões até 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato em todos os demais casos.

<sup>52</sup> Fato do princípio é a situação em que a Administração, por outras atitudes e decisões que venha a tomar, não na qualidade de contratante, acaba por interferir na economia do contrato.

<sup>53</sup> Teoria da Imprevisão são fatos imprevisíveis ou, embora previsíveis, que sejam de consequências imensuráveis, bem como retardadores ou impeditivos da execução do contrato, dos quais destacam os casos de força maior e o caso fortuito, (art. 393, da Lei nº 10.406/02). Acresce-se a estes, a chamada álea econômica extraordinária, onde as ocorrências de natureza econômica igualmente imprevisível e grave extrapolam o risco ordinário, a que todo o empresário está sujeito. Por fim, as sujeições imprevistas e entendidas como obstáculos que embora imprevistos, são contornáveis, mas geram maior custo para a execução do objeto do contrato.

<sup>54</sup> O art. 78, da Lei nº 8.666/93 prevê as causas de rescisão, atribuíveis ao contratado, à Administração Pública e às causas relativas às partes. Assim, dentre as causas atribuíveis ao contratado destacam-se o descumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, os atrasos ou paralisações sem justa causa da obra, serviço ou fornecimento, a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil, a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado, a transferência do contrato ou subcontratação irregular, bem como a alteração societária vedada no contrato ou que possa prejudicar a execução contratual. Em face de tais ocorrências, com fundamento no art. 80, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública rescindirá unilateralmente com a decorrente aplicação de sanções em face ao contratado.

termos da legislação. No primeiro caso, é o Poder Público que determina a rescisão do contrato, unilateralmente, ao passo que o particular, inversamente, para rescindir o contrato e liberar-se das suas obrigações, deverá ajuizar uma ação para esse fim.

Pelas abordagens das causas atribuíveis a Administração Pública, a rescisão poderá ocorrer por razões de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento, desde que justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante, por atos da Administração que acarretem na modificação do valor inicial do contrato por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, excetuados os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

A rescisão também é legítima para os casos de atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração ao contratado, ressalvados os casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, e por fim diante da não liberação, por parte da Administração Pública, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais. É fato que todas decorrem da decisão ou da omissão da Administração Pública, em todas elas, o contratado é inocente e geralmente prejudicado pela atitude da contratante.

Cumpre ressaltar que em tais hipóteses, a suspensão do contrato, seja por ordem da Administração, seja pelo atraso nos pagamentos pela mesma, implicará que o contratado suporte a mora do Poder Público por um determinado período, geralmente 90 (noventa) dias, diferente do que ocorre esfera privada, onde prevalece o princípio conhecido como *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), pelo qual uma parte não pode exigir a prestação da outra, sem que cumpra a sua parte no contrato.

Além da rescisão<sup>55</sup>, o contrato também pode ser extinto por anulação, seja pela Administração Pública, seja por uma decisão judicial, neste caso por necessidade decorrente de um vício na formação do contrato. Apesar das diferenças entre os contratos do Direito Privado e do Direito Público, o dever de probidade e boa fé entre as partes são aspectos comuns a ambos,

---

<sup>55</sup> Ao contrário da rescisão, pelo art. 59, da Lei nº 8.666/93, a anulação opera efeito *ex tunc*, desconstituindo os efeitos jurídicos que o contrato já tenha produzido, contudo aquele que de boa fé assinou o contrato, e já tendo adimplido suas obrigações contratuais deverá ser indenizado por toda a execução até a data da anulação, além dos demais prejuízos que puderem ser comprovados pela interrupção da execução do contrato.

até pela função social dos contratos, assim como questões éticas e morais que norteiam ou deveriam orientar todas as espécies de avenças<sup>56</sup>.

No Brasil há 3 (três) correntes doutrinárias: uma primeira liderada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>57</sup> que concorda com os conceitos abordados nas seções anteriores, sobretudo quanto a prerrogativas da superioridade do interesse público; uma segunda corrente adotada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>58</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello e José Roberto Dromi<sup>59</sup>, os quais argumentam ser o contrato administrativo uma espécie que além de derogatório, é simultaneamente exorbitante ao direito privado; e por fim, uma terceira que é defendida por Lucia Valle Figueiredo<sup>60</sup>, onde o contrato privado é que não existe na Administração Pública, ou seja, todo o contrato celebrado possui natureza de Direito Público.

A segunda corrente é a mais radical, tendo em vista que argumenta que a Administração Pública ao celebrar seus contratos não considera os princípios da igualdade e da autonomia da vontade entre as partes contratantes, haja vista a imposição da supremacia do interesse público sobre o privado que colocam a Administração Pública em vantagem frente à parte privada, por outro lado o princípio da legalidade beneficia o setor privado, tendo em vista a prerrogativa de prática de ações omissa no texto da lei, o que é defeso a Administração Pública. Por sua vez a obrigatoriedade das convenções fica prejudicada quando é lícito ao Poder Público promover alterações unilaterais das cláusulas contratuais, sob a justificativa da indisponibilidade do interesse público.

A terceira corrente defende que o contrato administrativo existe, entretanto o Direito Privado é inexistente neste tipo de relação jurídica por interferência dos princípios previstos no art. 37, da Constituição Federal de 1988, logo deverão prevalecer os institutos do direito público.

A doutrina brasileira adotou a primeira corrente, reconhecendo que seus institutos e características se distinguem no Direito Público e no Direito Privado, sobretudo pelo princípio da legalidade estrita.

O que corrobora com as 2 (duas) primeiras correntes é a possibilidade do uso das cláusulas exorbitantes, que serão abordadas adiante, bem como as hipóteses de modificação

<sup>56</sup> O art. 422, da Lei nº 10.406/02, define que os contratantes são obrigados a guardar, até a conclusão do contrato os princípios de probidade e boa fé. Todavia é importante ressaltar, que a boa fé sempre será presumida, de forma que a má-fé deverá ser precedida de comprovação daquele que alegar.

<sup>57</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 268.

<sup>58</sup> **Princípios gerais do direito administrativo.** v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 681.

<sup>59</sup> **La licitación pública.** Buenos Aires: Astrea, 1977, p. 16-17.

<sup>60</sup> **Curso de direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 633.

unilateral do contrato pela Administração Pública expressas no art. 58, I e II, da Lei nº 8.666/93 e, mais especificamente no art. 35, da Lei nº 8987/95 "[...] Extingue-se a concessão por: II - encampação; III - caducidade [...];" combinado com o art. 3º, da Lei nº 11.079/04, a possibilidade de extinção de um contrato de concessão por ato unilateral, previstas, sendo mais marcantes a caducidade e encampação<sup>61</sup>.

### **1.2.3 – Noções das espécies de contrato administrativo**

Das modalidades de contratos administrativos, merece destaque o de Concessão de prestação de Serviço Público, que poderá ocorrer na forma de Concessão Simples e por meio de Parceria Público Privada, precedida por meio de licitação na modalidade Concorrência, por fundamento do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95 e do art. 10, *caput*, da Lei nº 11.079/04.

A concessão de serviço público<sup>62</sup> ocorre quando o Poder Público transfere, por meio de delegação, a execução de serviços públicos a empresas privadas, concessionário, vencedora do processo licitatório garantindo-lhe o direito de exploração do serviço, por meio da celebração de contrato administrativo. Aqui cabe ressaltar, que as concessões de serviço público são precedidas de atos administrativos unilaterais, que por sua vez, são distintos daqueles que formalizam o contrato de concessão, e que conferem garantias no escopo da segurança jurídica da concessão, portanto vedada a sua alteração<sup>63</sup>.

A grande vantagem para o concessionário é o próprio direito a exploração do serviço de retorno líquido e certo, haja vista a essencialidade do objeto do contrato, e para o concedente, a prestação do serviço público sem a necessidade do emprego de recursos públicos e seu consequente risco econômico, ao fornecer o serviço em questão.

<sup>61</sup> Pela encampação, diante da hipótese de interesse público superveniente à concessão tornar mais conveniente à prestação do serviço, o Poder Público, mediante indenização prévia das parcelas não amortizadas ou não depreciadas dos investimentos realizados nos bens reversíveis, poderá retomar a prestação do serviço junto ao concessionário. Atualmente compete ao Poder Legislativo determinar a existência de interesse público superveniente e não mais ao Chefe do Poder Executivo. Já a caducidade é, provavelmente, a forma de extinção das concessões mais importante, diante do inadimplemento ou adimplemento defeituoso por parte da concessionária. Por conseguinte, a instauração de processo administrativo de inadimplência deve ser precedida da oportunidade à concessionária de exercer o direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa.

<sup>62</sup> Para Diógenes Gasparini, a concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob as condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada. (**Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.)

<sup>63</sup> **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 179.

De acordo com a interpretação do art. 175<sup>64</sup>, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e da Lei nº 8987/95, o Poder Público, na forma da lei, deve, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, prestar os serviços públicos contratados. Como supramencionado, a outorga será precedida de licitação na modalidade concorrência e, os concessionários estarão sujeitos à fiscalização do poder concedente responsável pela delegação. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas acrescenta que os contratos de concessão são atípicos, tendo em vista que as cláusulas de exorbitantes estão presentes de forma mais acentuada que os demais<sup>65</sup>,

Por sua vez, segundo o art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987/95, as modalidades de delegação pela Administração Pública são a concessão de serviço público, por meio da qual sua prestação é feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho.

A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública será delegada<sup>66</sup> à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Já a permissão de serviço público, cuja delegação precária da prestação de serviços públicos será feita à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho por sua conta e risco.

A concessão desses serviços públicos é certamente a mais importante forma de delegação de sua prestação conforme regramento na Lei nº 8.987/95, representando as normas gerais sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. Por sua vez o art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei em questão, definiu as modalidades de delegação de serviços públicos,

<sup>64</sup> Segundo Marçal Justen Filho o art. 175, da Constituição Federal de 1988, não impôs uma disciplina restritiva para o legislador. A referência à delegação por meio de concessão de serviço público não significou nem a consagração de um único e determinado tipo de avença nem a vedação a que outras avenças sejam praticadas a propósito de obras públicas. (**Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 506.)

<sup>65</sup> **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 177.

<sup>66</sup> A delegação de prestação de serviços públicos não se confunde com a delegação não se confunde com prevista no art. 12, da Lei nº 9.784/99, tendo que esta ocorre somente entre órgãos da administração pública e, aquela perante pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, esta última quando estiver no exercício de função pública.

sendo elas, a concessão de serviço público, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, e a permissão para prestação de serviço público.

Na concessão de serviço público, a delegação de sua prestação é feita pela Administração Pública mediante licitação na modalidade de Concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. No mesmo sentido, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública difere da anterior quanto à forma de investimento feita pela concessionária, o qual será remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Ademais o art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95, definiu que o serviço público adequado, previsto no art. 175, IV, da Constituição Federal de 1988, deve atender plenamente aos usuários, segundo as seguintes condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atuariedade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas, sobre tudo pelo princípio da eficiência anteriormente detalhado.

Pela continuidade, não deve haver interrupção do serviço público, sendo que em situação de emergência após prévio aviso, motivada por razões de ordem técnica ou por segurança das instalações, e por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade. Por sua vez os impositivos de segurança estão inseridos no próprio princípio da eficiência, de modo que sua observância é maior manifestação de zelo pelo beneficiário. Diógenes Gasparini<sup>67</sup> muito bem ressalta: “uma vez instituído (o serviço), há de ser prestado normalmente, salvo por motivo de greve, nos termos da lei regulamentadora.”

Nesta mesma esteira, a atualidade é entendida como a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão dos serviços prestados. Da mesma forma, pela generalidade assegura-se o atendimento sem discriminação a todos os que se situem na área abrangida pela disponibilidade do serviço, desde que atendidos os requisitos gerais e isonômicos. Além disso, deve ser assegurado atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais, como preceitua o art. 3º, inciso IV, da Lei nº

---

<sup>67</sup> Para Diógenes Gasparini<sup>67</sup> que o requisito da atualidade obriga a uma constante atualização tecnológica dos serviços públicos, assim, o prestador, em razão disso, vê-se obrigado a oferecer a coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga. (**Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358.)

9.074/95. Segundo Diógenes Gasparini<sup>68</sup> a “generalidade é decorrente do princípio da igualdade, tracejado no art. 5º da Constituição Federal. Perante os serviços públicos, os administrados devem ser tratados igualmente, isto é, de forma impessoal, como quer a Lei Maior (art. 37)”.

Por meio da observância da modicidade das tarifas, a remuneração pelo serviço deve ser razoável, com vista coibir a aferição margens exorbitantes pelas concessionárias, de sorte ser lícita a previsão de mecanismos de revisão das tarifas para manutenção do equilíbrio econômico e financeiro, sem ensejar em lucro exorbitante ou qualquer outra forma de prática abusiva. Por outro lado, com vistas à preservação da indisponibilidade do interesse público, o legislador cuidou em prever hipóteses de extinção da concessão previstas no art. 35, da Lei nº 8.987/95.

Quanto às Parcerias Público-Privadas<sup>69</sup>, seu advento ocorreu, no âmbito federal, por meio da Lei nº 11.079/04, que regulou este tipo de contratação por meio de parcerias entre a Administração Pública e o setor privado com vistas a promover a prestação de serviços públicos, sobretudo aqueles que demandam a prévia construção de obras públicas, mediante alguns outros requisitos que serão abordados mais a diante. Com o intuito de padronizar o entendimento acerca do conceito de Parceria Público Privada, consideraremos o entendimento de Diogenes Gasparini<sup>70</sup>:

[...] de todo o ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com o particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento sócio econômico do país e ao bem estar da sociedade, como são as concessões de serviços, as concessões de serviços precedidas de obras públicas, os convênios e os serviços públicos.

Prosseguindo, algumas condições levaram à edição do dispositivo legal, como a necessidade de investimento em infraestrutura e a escassez atual de recursos orçamentários. No Brasil o desinteresse do setor privado por esse tipo de parceria é histórico, haja vista que é muito frequente que tais obras públicas sejam iniciadas e não sejam concluídas, causando insegurança

<sup>68</sup> **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358.

<sup>69</sup> Nessas parcerias, os contratos de prestação de serviço ou de concessão de serviços públicos ou de obras públicas de grande vulto, serão sempre de período não inferior a 5 (cinco) anos, caracterizado pela busca da eficiência na realização de seu escopo, além da existência de garantias especiais e reforçadas para o cumprimento da contra prestação necessária ao parceiro privado após a disponibilização do seu objeto. A definição de obra de grande vulto está disposta no art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/04, consistindo em valor superior a R\$ 20 milhões (vinte milhões de reais), haja vista que para os demais casos persiste a aplicação da Lei de concessões públicas.

<sup>70</sup> **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 470.

ao sistema, muitas vezes pela alteração no comando da administração, cujos sucessores deixam de priorizar os projetos em curso ou até mesmo cancelam tais empreendimentos, causando prejuízos ao parceiro privado, que deixam de receber recursos, e por fim têm seus contratos reincididos. Para Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>71</sup>

De conformidade a essa realidade social mundial dos dias de hoje, a forma clássica de mera contratação dos particulares para a realização de obras e prestação de serviços públicos, dá lugar, gradativamente, às já conhecidas concessões e privatizações, bem como às mais diversas formas flexíveis, entendidas enquanto fórmulas jurídicas mais hodiernas de cooperação na operacionalização do atuar estatal, de colaboração financeira e administrativa, a serem levadas a efeito por parte do setor privado, a população, mediante os chamados instrumentos setoriais de planejamento participativo e de controle social, ao auxiliar a escolha, programação, avaliação, execução e fiscalização institucionais das políticas públicas envolvidas, pois, se de um lado o Poder Público não dá mais conta de tanta demanda em proporção superior aos seus recursos, por outro, a iniciativa privada vê a possibilidade de uma maior participação na “produção” da cidade, com uma consequente maior lucratividade.

Por essa modalidade de contrato público, o Poder Público quita sua contra prestação, além de permitir a cobrança de tarifa dos usuários pelo parceiro privado, que por sua vez assumirá as obrigações pela realização do objeto adjudicado na licitação, modalidade conhecida como Concessão Patrocinada daqueles serviços passíveis de delegação. Importante ressaltar, que nesta modalidade o parceiro privado recebe pelo parceiro público e pelo usuário, onde aquele ou participa do custo do empreendimento ou concede o direito de exploração privativa.

Já na modalidade da Concessão Administrativa, o próprio Poder Público é o usuário direto ou indireto do contrato de prestação de serviços, de tal sorte que não há cobrança de tarifa, uma vez que a contraprestação do Poder Público pagará ao particular por meio de prestação de benefícios, ao passo que na Concessão Comum, diante da necessidade crescente de investimento em infraestrutura, aliada a escassez atual de recursos orçamentários igualmente a anterior, o Estado delega a execução de uma atividade privativa. É importante notar que as diferenças básicas estão no período da vigência do contrato e no seu valor agregado, sendo que as demais características serão abordadas mais a frente.

---

<sup>71</sup> CALDAS, Roberto (Correia da Silva Gomes). **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 61-64.

Esse modelo apresenta como características marcantes, a eficiência de sua gestão e a adoção de garantias especiais e reforçadas, pois o parceiro só investe com lastro, ou seja, o Poder Público sempre honrará a sua obrigação, visto que terá a necessária contraprestação paga ao término do contrato na modalidade administrativa ou a outorga do direito de exploração da atividade objeto daquele contrato.

Em todas essas concessões a sociedade se verá obrigada defender seus direitos, seja como consumidor, seja como usuário de serviço fornecido pelo Estado como contraprestação ao pagamento de tributos ou como manutenção de Direito Fundamental, exigindo que a prestação seja executada de forma eficiente e justa. Para isso cresce de importância o uso dos instrumentos de controle social, bem como a participação popular efetiva em audiência pública<sup>72</sup> e no planejamento do orçamento participativo.

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para o exercício deste controle sobre a pessoa privada, podendo denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, ou acionar o controle jurisdicional por meio dos instrumentos que serão abordados mais detalhadamente na seção seguinte.

#### **1.2.4 – O contrato administrativo como ato administrativo *lato sensu***

Os atos administrativos são espécie de ato jurídico originado por fenômenos, naturais ou humanos, gerando vinculação jurídica, logo, os contratos administrativos são manifestações bilaterais de vontade de Direito Público, dado que a Administração Pública em tais relações jurídicas deverá buscar a prevalência do interesse público, por inexistir igualdade jurídica perante o particular.

Hely Lopes Meirelles ratifica a ideia anterior quando afirma que o ato administrativo<sup>73</sup> é “toda manifestação de vontade unilateral da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados, além de si própria”, e

---

<sup>72</sup> Lúcia Valle Figueiredo, por meio de uma teoria de linguagem, afirmar que “a audiência pública é um evento, que, depois, feita a competente ata documentando-o, passa a ser relevante para o Direito como fato administrativo, pois juridizado, e absolutamente necessário para compor o procedimento, a preceder – nesses casos assinalados – o ato administrativo do edital. Portanto, temos necessidade de um fato administrativo jurídico preliminar ao edital para validá-lo – fato jurídico, este, que será documentado pela ata de audiência, esta constituindo-se no ato administrativo inicial do procedimento.” (**Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 498.)

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 112.

justificou seu entendimento argumentando que se a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos, o conceito de ato administrativo só possui diferença quanto ao conceito de ato jurídico, haja vista ser dotado por finalidade pública. Os atos administrativos em sentido estrito são atos jurídicos unilaterais expedidos pela Administração Pública no uso das prerrogativas da posição pública suprema.

Sumariamente o ato administrativo é ato jurídico de declaração de vontade da Administração Pública, por meio dos seus agentes no exercício da função administrativa, apta a produzir efeitos de direito, segundo princípios e regras próprios concernentes à sua produção, validade e eficácia. A conceituação do contrato administrativo<sup>74</sup> em sentido *stricto sensu* da manifestação unilateral do Estado, contempla aqueles que dependem, para sua eficácia, da manifestação unilateral de vontade do particular, como por exemplo, a aceitação de nomeação em provimento de cargo público.

A doutrina sinaliza pela necessidade de definir qual conceito de ato jurídico a que se refere. A dimensão estática do contrato administrativo, na forma de administrativo lato sensu<sup>75</sup> será composta por elementos e pressupostos relacionados ao elemento volitivo da função pública, precedida de conformação sustentável em todas as suas dimensões, semelhantemente ao que ocorre no ato administrativo stricto sensu.

Uma análise mais rebuscada nos remete ao cerne da própria ideia de democracia, onde a governança deve ser pela sociedade, pela consagração dos princípios constitucionais da administração pública, pela busca da satisfação da eficiência, eficácia, efetividade, por meio da participação popular e do controle social nas decisões segundo princípios próprios da governança corporativa.

<sup>74</sup> Segundo Clóvis Veríssimo do Couto e Silva o adimplemento da relação jurídica pactual pública principal dará substrato de validade, de origem da relação jurídica a partir do seu exaurimento, a fim de impor obrigações adicionais secundárias, anexas, que consistam em indicações de atos protecionistas, bem como atos de vigilância, de guarda, de cooperação e de assistência. (**A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 1<sup>a</sup> ed., 2006, 5<sup>a</sup> reimpr., 2011, p. 91-93.)

<sup>75</sup> Segundo Roberto Correia da Silva Gomes Caldas o contrato administrativo possui duas fases, a pré-negocial ou pré-contratual, apresentando uma faceta interna, quanto ao seu planejamento (cada vez mais participativo, a envolver a realização de audiência pública, quando o caso, inclusive em precedência à elaboração do edital de licitação), e outra externa, voltada para a formação do contrato ao longo da licitação até a sua constituição em si, e a de desenvolvimento, execução, pertinente a todo o seu desdobramento até o adimplemento completo e as eventuais relações pós-exaurimento (**Contratos Administrativos: seus requisitos, fases processuais e invalidades**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo v. 34, 2014, p. 340.)

Com isso, o contrato administrativo viabiliza a sustentabilidade social<sup>76</sup> na Administração Pública, pela própria consagração da eficiência e da eficácia na conceituação dos princípios da boa administração pública, ratificando a eficiência e eficácia no controle dos processos de planejamento, confecção e execução do contrato administrativo.

A distinção entre administrativo *stricto sensu* e ato administrativo *lato sensu* está na problemática, ou seja, no caso paradigmático da permissão, em que pese a concessão do ato ser ato administrativo unilateral, precário e discricionário, os art. 18, XVIII, e o art. 40, ambos da Lei nº 8.987/95 por ser contrato de adesão<sup>77</sup>, modifica a sua natureza jurídica, constituindo-se em ato administrativo *lato sensu*.

Desta forma os contratos administrativos são instrumentos de análise que não dispensam o viés procedural dos princípios administrativos, seja na sequência dos atos ligados e sequenciados entre si, seja como conjunto de suas formalidades integrantes do contexto da participação popular e controle social. No contexto da relação jurídica complexa, os contratos administrativos devem ser analisados a partir dos atos administrativos da fase pré-negocial, passando a sua execução até sua extinção, haja vista a possibilidade da ocorrência dos vícios. A teoria da incorporação serve para realçar a autonomia do cunho cooperativo e da boa fé objetiva do vínculo contratual público, delimitando seu sentido próprio e contemporâneo, enquanto pressuposto de sua validade na relação jurídico administrativa, com função independente de todos os atos, ou seja, independente da função processual específica de cada um deles.

Neste sentido, postas as ponderações supracitadas àquelas teorias na qualidade de meios relevantes da racionalização do estudo do contrato administrativo, pressupondo uma efetiva participação popular e de controle social, inclusive para reconhecimento das suas competências política-administrativa, a boa-fé objetiva administrativa se faz presente como um

<sup>76</sup> Segundo Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Antonio Donizete Ferreira da Silva a globalização gera a necessidade de troca de informações, rapidez, adequação e sustentabilidade das práticas de gestão ao novo ambiente social que, hoje, não é mais local, e, sim, global, com uma sociedade contemporânea conectada, direta ou indiretamente, cada vez mais à tecnologia da informação, novel realidade esta a impor, a seu turno, adaptações não apenas aos ‘desplugados’, mas também ao Judiciário, o qual deve criar ferramentas para propiciar um efetivo controle social de suas políticas com participação dos interessados. (**Governança e as novas tecnologias: Principais reflexos da informatização na gestão administrativa do Poder Judiciário**. Revista de Direito. v. 2, nº 2, Jul-Dez 2016, p. 19.)

<sup>77</sup> O contrato de adesão induz a uma atividade de cooperação vinculada a uma determinada finalidade, neste caso, a prestação de serviço público delegado, a própria Administração Pública frequentemente utiliza tais formas negociais para relacionamento com seus administrados. Desta feita as concessões e das permissões têm a finalidade intermediar a função pública, quanto à prestação de serviços, logo, a permissão não é ato administrativo unilateral, mas bilateral.

conjunto de regras de conduta que balizam a motivação não apenas dos atos privados, mas também administrativos contratuais, disciplinando o agente público em todas as suas ações na relação jurídica, uma vez que a vinculação à lei é insuficiente, pois a legalidade cumprida não exclui a ilicitude por falta de moralidade e de ética.

Dessa maneira, quando o setor privado circula a margem do dever de probidade e da boa-fé objetiva, causa dano ao erário e impede o exercício racional das boas práticas da administração pública. A motivação do contrato administrativo, como ato administrativo *lato sensu*, é dada por sua aplicação funcional, conforme efeitos jurídicos que subsidiem políticas públicas, ou seja, o sentido socioeconômico pelos impositivos do princípio da eficiência no contexto dos requisitos da prática da boa administração pública.

Assim, o contrato administrativo como ato administrativo *lato sensu* compõe-se numa relação jurídica complexa pela presença dos 4 (quatro) atores no polo subjetivo, a Administração Pública, a população como destinatária do objeto dos contratos, a sociedade como titular do controle social por meio dos diversos meio de atuação, e as Agências Reguladoras, materializando desta forma, a uma trilateralidade funcional composta de atividade regulatória, de atividade prestadora e de atividade de fruição das prestações, com os deveres e direitos delas efluentes<sup>78</sup>.

Tais elementos dessa relação jurídica consubstanciada na avença entre Estado e particulares, conduzem a relação contratual da Administração Pública a um patamar distinto da versão do Direito Privado pela presença múltipla dos integrantes subjetivos. É exatamente essa pluralidade que potencializa a capacidade de fiscalização e controle social, pela presença da sociedade como usuária e fiscalizadora, e institucional, pela atuação possibilidade de atuação das Agências Reguladoras e dos integrantes de controle interno e externo, que serão abordados nas seções seguintes juntamente como os instrumentos de controle social e suas limitações.

---

<sup>78</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Contratos Administrativos: seus requisitos, fases processuais e invalidades.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo v. 34, 2014, p. 340.

## 2 - FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A sistematização do controle da Administração necessita de codificação única, uma vez que a disciplina da matéria é muito difusa, a ponto da Constituição regular concentradamente em um título, além de ser subsidiariamente regulado na legislação infraconstitucional quanto as suas modalidades, hipóteses, instrumentos e órgãos de controle.

A ideia principal dos métodos de controle é a verificação do alinhamento dos atos da administração com os princípios constitucionais da legalidade e da legitimidade, de modo a verificar não apenas a compatibilidade entre o ato e a literalidade da norma legal positivada, mas também a sua apreciação quantos aos aspectos relativos à obrigatoriedade observância dos princípios do Direito Administrativo, como o princípio da moralidade ou o da impessoalidade.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>79</sup> a definição do termo controle se trata de faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro, em que pese a independência e harmonia dos Poderes<sup>80</sup> consagrado na Constituição Federal de 1988. Sob o viés jurídico trata-se de um poder de fiscalização, haja vista o sentido dado pela Constituição Federal de 1988, que conforme entende Carlos Ayres Brito<sup>81</sup>

Nos dicionários da língua portuguesa, controle é verificação, investigação, fiscalização. Ato de penetrar na intimidade de algo ou de alguém, com “*animus*

<sup>79</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 697.

<sup>80</sup> “Daí porque Montesquieu só encontrava remédio para a tendência universal ao abuso de poder político na montagem institucional de um mecanismo de poderes e contrapoderes. ‘É preciso que, pela própria disposição das coisas, o poder freie o poder.’ Já não se trata, portanto, de confiar cegamente nos homens, mas de saber que qualquer um de nós, quando no poder, é facilmente levado ao desatino, se não for convenientemente enquadrado pelas instituições políticas. Acontece que o sábio francês raciocinava no quadro da ação política exercida por meio de representantes dos governados. Isso era, sem dúvida, um progresso em relação às práticas absolutistas do passado, mas revela-se hoje, em tempos de democracia participativa, algo de muito insuficiente. Sabemos todos que o ‘Estado Democrático de Direito’, mencionado na Constituição, não passa, em nossa triste realidade, de uma peça de ficção política. A democracia pressupõe a atribuição efetiva (e não apenas simbólica) da soberania ao povo, devendo os órgãos estatais atuar como meros executores da vontade popular. Entre nós, esse esquema funciona em sentido inverso. A soberania pertence de fato aos governantes, que vivem numa espécie de estratosfera ou círculo celeste, onde são admitidos, tão só, os que detêm algum poder econômico ou alguma influência junto ao eleitorado ou à opinião pública. Todos os demais cidadãos são confinados, cá embaixo, como simples espectadores, pois os governantes de há muito lograram transformar a representação política em representação teatral: eles encenam, perante o povo, a farsa do rigoroso cumprimento da vontade eleitoral. Em suma, temos todo um sistema de poder estatal, mas nenhuma forma organizada de contrapoder popular diante dele” (COMPARATO, Fábio Konder. Contrapoder popular. Folha de São Paulo, 22 fev. 2004.)

<sup>81</sup> **Distinção entre Controle Social do poder e participação popular**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 114-122.

*sindicandi*". Pois com esse mesmo sentido o vocábulo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, ao dispor sobre o controle externo e o controle interno da União, o fez debaixo de seção normativa que começa com o nome "fiscalização" [...]

O termo induz à ideia de monitoramento e fiscalização pela execução de ações corretivas pela própria Administração Pública no exercício da autotutela, e pelos Poderes da República, que diretamente, ou por meio de seus órgãos especializados, atua sobre seus atos administrativos, zelando pela garantia da legitimidade de seus atos e da conduta funcional adequada e razoável de seus agentes, consagrando os deveres da efetividade e da moralidade junto à preservação dos direitos dos administrados e do interesse público.

Vanderlei Siraque<sup>82</sup> faz uma divisão didática interessante ao dividir o termo controle na vertente social e na vertente institucional, esta última subdividida em controle institucional externo e controle institucional interno. Pelo controle social o Estado é submetido à fiscalização da sociedade pelas diversas formas de interação que serão abordadas mais oportunamente.

No escopo do controle institucional, seja interno ou externo, quando analisado os critérios de mérito ou de legalidade, seu respectivo alcance e a competência para o exercício, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>83</sup> ensina que a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo em todas as suas fases, poderá ser por meio do controle Administrativo, Legislativo e Jurisdicional<sup>84</sup>.

O cerceamento do exercício do controle social pelo Estado, o Poder Judiciário deverá ser provocado pelo interessado, por meio do direito de petição<sup>85</sup>, para resolução do conflito, todavia, essa atuação não se sobreporá ao direito de exercício do controle social ou institucional, pois o Poder judiciário não o exerce, mas tão somente, o controle jurisdicional<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 94.

<sup>83</sup> **Direito Administrativo.** 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 725.

<sup>84</sup> Vanderlei Siraque entende que o Controle Jurisdicional não se confunde o princípio da inafastabilidade de jurisdição. O texto do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, refere-se à garantia do monopólio do Poder Judiciário para decidir, em definitivo, conflitos jurídicos (**Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.)

<sup>85</sup> José Afonso da Silva define que o direito de petição é o poder de invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.)

<sup>86</sup> Não se pode negar que o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, realiza uma única forma de controle: quando decide de ofício julga e faz controle institucional externo concomitantemente. (**Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.)

## 2.1 - CONTROLE INSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1.1 - Controle institucional externo

A expressão controle institucional não se aplica no sentido de domínio de um Poder sobre o outro, mas de fiscalização, o qual se subdivide em duas subespécies: controle institucional externo e controle institucional interno.

A legitimidade e o dever de controlar são cabíveis a todos os Poderes da República, estendendo-se à atividade administrativa em geral, de forma a abranger todos os seus agentes. O controle da atuação da Administração Pública é um dos institutos mais marcantes do Estado de Direito, em colaboração ao próprio princípio da legalidade e da impensoalidade, nos quais somente a lei deve pautar a atividade da Administração, com fim precípuo da defesa e da tutela do interesse público.

Destarte o Decreto-Lei 200/67 instrumentalizou a reforma administrativa federal, que não se confunde com a reforma administrativa proposta na Emenda Constitucional nº 19/98, portanto, aplicável nas diversas áreas da administração pública de todas as pessoas jurídicas de Direito Público interno, sob a influência dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, sobretudo pela consequente eficiência dos processos aquisitivos e de contratação subsidiários na concreção das políticas públicas no contexto dos preceitos relacionados à boa administração pública.

Apesar da ideia da independência e harmonia entre os Poderes, a liberdade política é a própria limitação de um Poder pelo outro pela fiscalização, de tal sorte que a liberdade dos sistemas democráticos será plena, pela ausência do abuso de poder ou da usurpação de competências, cujo controle somente será possível por meio de uma espécie de sistema de pesos e contrapesos, em que cada Poder realiza a fiscalização das atividades atípicas<sup>87</sup> realizadas pelos demais e vice-versa.

A necessidade de controle de um Poder pelo outro é senso a obra de Montesquieu, entretanto necessário à manutenção do próprio ideal liberal, e a concretização da liberdade

---

<sup>87</sup> Para Montesquieu cada um dos Poderes possui prerrogativas para exercer atividades atípicas de controle recíproco, de tal sorte que esta formalização constitucional é a própria manifestação do Estado liberal, ou de uma sociedade livre, na qual nenhum Poder pode atuar sem limites, ainda que pelos demais poderes. (RIBEIRO, Renato Janine; MURACHCO, Cristina. **Montesquieu: O Espírito das Leis**. 2. ed. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.)

política e cidadania, de modo a consolidar um Estado, cuja liberdade advém da governança por meio de um modelo de Estado Democrático constituído por ideais de liberdade política, positivado e capaz de orientar o convívio no contexto do pacto social.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>88</sup> “esse controle não abrange somente os órgão do Poder Executivo, mas também os demais Poderes, quando exercem função tipicamente administrativa. Segundo ensinamentos colhidos de Evandro Martins Guerra<sup>89</sup>, a administração pública deve ser fiscalizada na gestão dos interesses da sociedade, por órgão de fora de suas partes, assegurando a atuação em consonância com os princípios impostos pelo ordenamento jurídico.

A concepção de consenso social seria o equilíbrio das forças ou da paz estabelecida por ação e reação entre os grupos sociais. Montesquieu não concebia o equilíbrio das forças sociais, condição da liberdade, senão segundo o modelo de uma sociedade aristocrática, haja vista que acreditava que os bons governos deveriam ser moderados<sup>90</sup>. Para além da formulação aristocrática da sua doutrina acima, o pensador estabeleceu o princípio segundo o qual a condição do respeito das leis e da segurança dos cidadãos, é que nenhum poder seja ilimitado, sendo este a ideia essencial da sua sociologia política.

A Constituição Federal de 1988 previu duas formas de controle institucional, sendo uma interna com previsão em seus art. 70 e art. 74, e outra externa com previsão no seu art. 71. Cada Poder terá seu sistema de controle interno como maneira de exercício da autotutela. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>91</sup> “a responsabilidade será solidária dos responsáveis pelo controle quando ao tomarem conhecimento da irregularidade e deixarem de dar conhecimento ao Tribunal de Contas”. No mesmo sentido, Fernando Rodrigues Martins<sup>92</sup> entende que “controle externo é aquele realizado somente por órgãos estranhos ao âmbito da Administração, salvo, claro, nas hipóteses de tutela exercidas pelas entidades públicas diretas em face das indiretas a elas ligadas.”

---

<sup>88</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 724.

<sup>89</sup> **Os controles externo e interno da administração pública.** 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 101.

<sup>90</sup> RIBEIRO, Renato Janine; MURACHCO, Cristina. **Montesquieu: O Espírito das Leis.** 2. ed. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 34.

<sup>91</sup> **Direito Administrativo.** 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 726.

<sup>92</sup> **Controle do Patrimônio Público.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 324.

Já o art. 49, V, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a competência do Congresso Nacional, pelo controle legislativo<sup>93</sup>, para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Tal inciso deve ser interpretado em conjunto com o art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988, que confere competência ao Presidente da República para a edição decretos e regulamentos, visando assegurar o fiel cumprimento das leis.

A esse controle acresce-se a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que por fundamento do art. 58, § 3º, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu e concedeu poderes de investigação, próprios das autoridades judiciais<sup>94</sup>, para apurar determinado fato, de forma que seus relatórios, quando for o caso, são encaminhados ao Ministério Público para oferecimento de denúncia e consequente responsabilização civil ou criminal dos respectivos réus.

A solicitação das diligências ao Tribunal de Contas da União<sup>95</sup><sup>96</sup>, a Secretaria da Receita Federal e a Polícia Federal em suas respectivas áreas de competência, pode, ainda, incluir requisição de informações e documentos de seu interesse juntos aos demais órgãos da Administração Pública em geral, além de determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico daqueles que estiverem sendo investigados, e por fim fazer a convocação juízes para fins de depoimento, desde que a respeito de sua atuação como administrador público.

---

<sup>93</sup> Além das possibilidades e limitações impostas pelo controle legislativo aos atos do Poder Executivo, é importante mencionar que há um considerável rol de situações disciplinadas, sobretudo nos art. 49 e 52, da Constituição Federal de 1988.

<sup>94</sup> O Art. 58, § 2º, III, V, da Constituição Federal de 1988 sinalizou que as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) possuem competência, desde que motivadamente (as intimações não podem processadas de maneira coercitiva), para convocar investigados e testemunhas a depor, incluindo autoridades públicas federais, estaduais e municipais, determinar diligências que entender necessárias. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *HC 88.189-MC STF*. Rel. Min. Celso de Melo.)

<sup>95</sup> Segundo Fernando Rodrigues Martins o controle legislativo se amolda mais ao controle externo que interno, tendo em vista o poder de decisão exercido pelas entidades públicas indiretas. O controle exercido pelo Poder legislativo em face da Administração amolda-se em duas categorias: o controle político e o controle financeiro, neste último caso, mediante manifestação do Tribunal de Contas. (**Controle do Patrimônio Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 324.)

<sup>96</sup> Por sua vez o Supremo Federal Federal, também tem se manifestado no sentido de tais Comissões não podem, por iniciativa própria, a decretar a busca e apreensão domiciliar de documentos, a determinar a indisponibilidade de bens do investigado, decretar a prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância, assim como não devem determinar a interceptação telefônica por meio de escuta, a impedir a presença de advogados dos investigados nas respectivas Sessões, e determinar a convocação de magistrados para depor a respeito de sua atuação típica na função jurisdicional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 23.455. Rel. Min. Néri da Silveira.)

Destarte pode-se afirmar que o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União<sup>97</sup>, exerce controle institucional externo, quando executa a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, segundo critérios de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Os Tribunais de Contas não integram o Poder Executivo, tampouco o Poder Judiciário, tendo em vista que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo para exercício dos atos de controle, conforme atribuições estabelecidas no art. 71, da Constituição Federal de 1988, como por exemplo, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante elaboração de parecer prévio no âmbito do Congresso Nacional. Diógenes Gasparini<sup>98</sup> ratifica a assertiva acima ao dispor que tal fiscalização contábil, financeira e contábil:

É controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com auxílio dessa Corte de Contas, que nos termos do §2º, do art. 74, da Lei Maior, pode receber denúncias de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades ocorridas no âmbito de qualquer dos Poderes.

Ressalta-se ainda, que em função da inafastabilidade de jurisdição, a apreciação feita pelo Tribunal de Contas da União que cause lesão ou ameaça de lesão, poderá ser reexaminado pelo Judiciário<sup>99</sup>. Para Odete Medauar<sup>100</sup> “as decisões são conceitualmente decisões administrativas, uma vez que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário.”

Semelhantemente à hipótese anterior, o Tribunal de Contas é competente para realizar o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por numerário, bens e valores públicos da Administração Pública direta e indireta, incluídas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como as contas daqueles que derem causa a perda,

<sup>97</sup> A operacionalidade dos Tribunais de Contas vem acompanhada da exigência de conhecimentos profissionais específicos, como contabilidade pública, engenharia, economia e, evidentemente, o Direito Administrativo, para obediência aos procedimentos cotidianos e específicos, para viabilizar as ações de fiscalização financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial, que por força de tais competências, impõe aos Tribunais de Contas a necessidade de constituírem um corpo técnico próprio e permanente, fato esse que ocorre com os Tribunais de Justiça que ante a tais demandas, são auxiliados por peritos especializados e independentes do Poder Judiciário.

<sup>98</sup> **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.058.

<sup>99</sup> PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública.** 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 198.

<sup>100</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da administração Pública pelo Tribunal e Contas.** Revista de informação legislativa. v. 27, n. 108, out-dez. 1990, p. 101-126.

extravio, ou outra irregularidade que causem danos ao erário, imputando aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, estabelecendo entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

Assim, diante de ilegalidade latente, ocorre a determinação de prazo para que Gestor Público adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, se não atendido, suspende a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Todavia, vale ressaltar que a súmula nº 347, do Supremo Tribunal Federal, não atribuiu competência ao Tribunal de Contas da União para declarar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, mas somente apreciá-los. Por fim, sua competência encontra-se muito bem definida e descrita no art. 71, da Constituição Federal de 1988, logo, não cabe declaração de inconstitucionalidade por aquele órgão de assessoramento do Poder Legislativo<sup>101</sup>.

### **2.1.2 – Controle institucional interno**

O controle interno<sup>102</sup> é exercido institucionalmente, dentro de um mesmo Poder, automaticamente ou por meio de órgãos integrantes de sua própria estrutura, de forma que as chefias exerçam monitoramento dos atos de seus subordinados dentro do mesmo órgão público<sup>103</sup>. Hely Lopes Meirelles<sup>104</sup> define que “o controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração”.

Fernando Rodrigues Martins<sup>105</sup>, no mesmo sentido, explica o controle interno de forma muito elucidativa ao afirmar que esse controle “é o próprio controle administrativo, robustecido da autotutela”. Ainda, segundo esse autor é imperioso acentuar que o controle administrativo também pode ser externo na medida em que a Administração Pública direta tutela seus órgãos descentralizados.

<sup>101</sup> PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 212.

<sup>102</sup> O art. 74, da Constituição Federal de 1988, determina que os Poderes mantenham sistemas de controle interno, estabelecendo os itens mínimos que serão objetos deste controle, sendo aquele exercido dentro de um mesmo Poder, automaticamente ou por meio de órgãos integrantes de sua própria estrutura.

<sup>103</sup> Um exemplo bem ilustrativo ocorre quando o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, mediante provocação, atua sobre as decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Secretaria da Receita Federal ao julgar os recursos interpostos pelos contribuintes em face da atividade fiscal do Poder Público.

<sup>104</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 641.

<sup>105</sup> **Controle do Patrimônio Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 322.

O mesmo raciocínio vale para os demais Poderes, quando um agente ou órgão do Poder Legislativo possui e exerce a atribuição de acompanhar e fiscalizar a prática de determinado ato administrativo do mesmo Poder Legislativo, da mesma forma que ocorre quando órgãos ou agentes do Poder Judiciário verificam a legitimidade e a regularidade dos atos administrativos praticados pelo próprio Judiciário.

Apesar do controle interno do Poder em questão ser exercido pela própria Administração Pública que emanou aquele ato, o Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional, bem como o Poder Legislativo nos casos previstos na Constituição Federal de 1988, são partes legítimas nesta sistemática de controle, de modo que a declarar a existência de vício no ato da administração que implique em declaração de nulidade.

A nulidade aferida, por meio do controle interno, ocorre nos casos de ilegitimidade ou ilegalidade na produção do ato administrativo pela própria Administração, ou por meio do controle externo, pelo Poder Judiciário, diante de ofensa à lei ou aos princípios administrativos, hipótese que os efeitos declarativos serão retroativos, *ex tunc*, de modo a tornar as relações dele resultantes, sem efeito no mundo jurídico.

O Poder Judiciário somente apreciará os fatos que antecederam a elaboração do ato, que venha a caracterizar uma ilegalidade capaz de invalidá-lo. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>106</sup> os atos “sujeitam-se à apreciação Judicial, desde que não invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecido sob a denominação de mérito”.

Nesse viés, a Lei nº 9.784/99 regulou, de forma genérica, os processos administrativos na esfera federal, admitindo a convalidação de atos administrativos defeituosos, e trazendo, explicitamente, duas hipóteses de convalidação de atos administrativos defeituosos, o que nos permite falar, pelo menos em um caso, em ato administrativo anulável.

Assim, quando os efeitos do ato viciado forem favoráveis ao administrado, o Poder Público dispõe de 5 (cinco) anos para anulá-lo, prazo este decadencial, de modo que findo o prazo sem manifestação da Administração, convalidado estará o ato e definitivos serão seus efeitos, salvo comprovada má-fé, hipótese de convalidação tácita.

No mesmo sentido o art. 55, da Lei nº 9.784/99, previu a possibilidade de convalidação de ofício pela Administração Pública, quando os vícios do ato não prejudicarem o

---

<sup>106</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 744.

interesse público ou de terceiros. Em síntese, diante do controle de legalidade ou de legitimidade, a Administração Pública, ou o Poder Judiciário e, nos casos expressos na Constituição, o Poder Legislativo declararam a nulidade de atos administrativos ilegais ou ilegítimos. No âmbito desse controle também é possível convalidar o ato, pela Administração Pública, diante da prática de atos portadores de defeitos sanáveis.

O controle exercido pelos órgãos do Poder Judiciário<sup>107</sup> sobre os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Judiciário, quando realiza atividades administrativas, é sempre posterior, sobre a ótica da legalidade daqueles atos administrativos. Destarte a atividade jurisdicional, sobretudo, é um meio de preservação dos direitos individuais dos administrados, nisto diferindo do controle, exercido pelo Poder Legislativo.

No exercício de sua atividade jurisdicional, o Poder Judiciário sempre age mediante provocação do interessado ou do legitimado, a exemplo de casos como a Ação Popular ou a Ação Civil Pública pode não existir interesse direto do autor relativamente ao bem ou direito lesado. A provocação da jurisdição<sup>108</sup> para controle dos atos da Administração Pública ocorre por meios acessíveis a todos os administrados, ou alguns restritos a determinadas pessoas detentoras de legitimidade específica.

Todavia, em qualquer hipótese a regra básica do nosso ordenamento jurídico, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, é a submissão de todos os contenciosos à apreciação por parte do Poder Judiciário, representado pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, tendo em vista o monopólio do Poder Judiciário na decisão definitiva, quando da ocorrência de conflitos de interesse jurídico. Assim, pelo exposto têm-se diversas formas de submissão de tais questões ao Poder Judiciário, por intermédio dos ditos

<sup>107</sup> “Com o advento da Constituição Federal de 1988, o campo do controle jurisdicional foi sensivelmente ampliado, competindo ao Judiciário a análise de atos administrativos quanto aos aspectos ilegalidade e moralidade, sobretudo, na apreciação de atos discricionários, quando da análise da conveniência e oportunidade, bem como dos motivos vinculantes que o precederam. Afastar as hipóteses de intervenção do Poder Judiciário na análise própria do ato administrativo, mesmo que meramente discricionário, poderia dar vazão ao descumprimento da cláusula de dignidade de pessoa humana e de seus respectivos direitos fundamentais”. (MARTINS, Fernando Rodrigues **Controle do Patrimônio Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 339-340.)

<sup>108</sup> O exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos pode decretar sua anulação, entretanto, não revogará aquele ato por avaliação do seu mérito, haja vista que a anulação que só ocorre nos casos de ilegalidade no ato administrativo.

remédios constitucionais, que Diógenes Gasparini definiu como controladores da legalidade dos atos e atividades do Executivo e dos órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário<sup>109</sup>.

Destarte, no julgamento do mérito administrativo pelo Poder Judiciário<sup>110</sup>, a atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e da necessidade administrativa, substitui a ótica do administrador, ou seja, se fosse conferido ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração da oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse mesmo juiz substituindo o administrador no exercício dessa atividade valorativa, usurpando o juízo de valor do administrador, mais afeto aos assuntos da gestão pública. Segundo essa ideia, Diogenes Gasparini acrescenta:<sup>111</sup>

Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos d conveniência e oportunidade não podem ser objetos desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e que é inopportuno ou inconveniente.

O problema da judicialização<sup>112</sup> excessiva na atividade de controle, talvez tenha deturpado a essência de tais métodos de controle dos atos da Administração Pública contra os

<sup>109</sup> **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.063.

<sup>110</sup> A anulação do ato possui efeitos retroativos à origem do ato, *ex tunc*, desfazendo as relações dele resultantes, ofensa à lei ou aos princípios da Administração Pública. Cumpre ressaltar, que o ato nulo não gera direito ou obrigação para as partes, não cria situações jurídicas definitivas e não admite convalidação. Por essa regra, o ato nulo não gera efeitos, todavia há de ser excepcionada no caso do terceiro de boa fé atingidos pelos efeitos do ato anulado, de modo que os direitos nascidos na vigência do ato posteriormente anulado devem ser amparados, em face da presunção de legitimidade que norteia o Direito Administrativo.

<sup>111</sup> **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 545.

<sup>112</sup> Segundo Pierpaolo Cruz Bottini, a ocupação paulatina do Judiciário sobre o espaço do Legislativo e do Executivo merece atenção. É um anúncio de crise institucional ou uma mera acomodação estratégica de forças interessadas na alteração da local da discussão política? É uma usurpação de poder ou o resultado de uma transferência consciente de responsabilidades por parte de um Legislativo receoso de discutir temas desgastantes? É necessário algum distanciamento histórico para tais respostas. Buscá-las no momento em que os fenômenos ocorrem é precipitado e inútil. Mas é possível descrever um quadro institucional e observar tendências. O poder em excesso tende ao abuso. Por isso a maior parte dos países ocidentais adota a lógica da separação de funções. A ideia é que pessoas distintas exerçam, de forma independente, as atividades legislativa, executiva e judiciária. Mas, para que o sistema funcione, são necessários controles mútuos. Embora um poder não interfira no outro, pode fiscalizá-lo e corrigir eventuais desvios. O Executivo pode vetar leis inconstitucionais ou contrárias ao interesse público. O Legislativo pode investigar os demais Poderes por Comissões Parlamentares de Inquérito. O Judiciário pode anular leis e julgar os agentes políticos, afastando-os de suas funções. Esse acompanhamento recíproco forma um sistema de freios e contrapesos, essencial à estabilidade institucional e à democracia. [...] Atualmente, o peso da balança pende para o Judiciário. Instituído para solucionar litígios e disputas, o Judiciário vem adquirindo protagonismo em outras searas, em especial no campo legislativo. Não raro, vemos o Supremo Tribunal Federal tratar de questões sensíveis, como

excessos de poderes ou desvio de finalidade, razão pela qual mostra a necessidade de instituir novas funções públicas voltadas à realização ao atendimento das demandas sociais. Incluem-se neste rol um conjunto de funções de intermediação e de controle a serem cometidas a instituições constitucionalizadas, com vistas a atuarem como expressões democráticas, apartidárias e independentes.

Nas décadas de 80 e 90 com um processo inflacionário instalado no País em cerca de 80% ao mês<sup>113</sup>, houve prejuízo para a eficiência de tais Tribunais, influenciando negativamente sua capacidade de fiscalização, logo, contribuindo para a sua insensibilidade no controle externo, que fosse capaz de somar-se ao controle social. Pelo art. 65, da Constituição Federal de 1988, o Executivo tem a obrigação de estabelecer planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, de sorte que a inflação em constante alta transformaram estas plataformas de planejamento e de controle em institutos decorativos.

As recorrentes alterações nos índices de valorização monetárias, bem como seus índices de correção dificultaram ou até mesmo inviabilizaram as atividades de fiscalização e controle, haja vista a falta de referencial para conclusão acerca da averiguação do cumprimento das metas do Executivo, aprovadas e previstas nas leis orçamentárias.

A fiscalização deficiente contribuiu para aumentar a corrupção, principalmente quanto ao desvio de finalidade no emprego dos recursos públicos, o que corrobora com o relatório da ONG Transparência Internacional, onde o Brasil é o 76º colocado no *ranking* da corrupção mundial<sup>114</sup>. Todavia com a estabilização proporcionada pelo Plano Real, 1994, houve aumento na sensibilização do tratamento das informações dos entes públicos, sob a ótica de disponibilizá-las para a sociedade.

A desarticulação nas atividades de controle externo teve causa na ausência de objetividade na apuração de tais informações, de forma que a provação de auditorias externas

casamento homoafetivo, demarcação de terras indígenas, greve de servidores públicos, entre outras. O silêncio do Poder Legislativo sobre tais assuntos – por falta de disposição para pautar temas desconfortáveis e eleitoralmente desgastantes – leva a sociedade civil ao Judiciário. (A **judicialização da Política**. Estadão Política. São Paulo, 23 Dez 16. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-judicializacao-da-politica/>>. Acesso em 30 Dez. 16.)

<sup>113</sup> Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Revista de Informações e debates do IPEA**. Ed. 72. Ano 9, 2012. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2759:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2759:catid=28&Itemid=23)>. Acesso em: 08 Nov. 2016.

<sup>114</sup> AQUINO, Yasmim. **Brasil piora no ranking internacional de percepção da corrupção**. Agência Brasil, Brasília Jan. 2016. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-01/brasil-piora-no-ranking-internacional-de-percepcao-da-corrupcao>

dava-se em decorrência de denúncias ou de critérios subjetivos, carecendo de prévio exame analítico e pericial. Assim, frente a informações geradas pelos entes públicos, o controle social do Estado apresentou a necessidade de construção de um sistema complexo para cumprimento das determinações do art. 71, I, II, III, da Constituição Federal de 1988, quanto à obrigatoriedade da prestação de contas anual, auditoria das contas públicas e a apreciação dos atos dos agentes públicos.

#### 2.1.2.1 – Controle institucional interno indireto

O controle hierárquico, típico do Poder Executivo, é uma forma de controle interno indireto pelo escalonamento vertical dos órgãos da Administração Direta ou das unidades integrantes das entidades da Administração indireta, a exemplo da Administração direta, onde os Ministérios exercem controle hierárquico sobre suas secretarias, que por sua vez controlam hierarquicamente suas superintendências, e sucessivamente exercem o controle hierárquico sobre suas delegacias e assim por diante. No âmbito interno de uma entidade da Administração indireta é também exercido o controle hierárquico, de forma que o controle interno da autarquia é feito por seu presidente ou autoridade similar.

Corrobora com esse entendimento, o ensinamento colhido junto à Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>115</sup> que em “consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma, que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei”. Assim, afirma-se que esse controle é normalmente o exercido pelos órgãos superiores sobre os inferiores, subsumindo-se no denominado controle hierárquico. Paralelamente a esse controle hierárquico, existem os recursos administrativos e o direito de petição.

Sistematicamente, dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica que haja escalonamento vertical dos diversos órgãos, departamentos, ou quaisquer outras unidades desconcentradas e, portanto, despersonalizadas, haverá controle hierárquico do superior sobre os atos praticados pelos subalternos. Destarte, por sua natureza, o controle hierárquico é irrestrito, permanente e automático sem dependência de norma específica autorizativa, de forma que são

---

<sup>115</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

passíveis de controle todos os aspectos concernentes à legalidade e ao mérito de todos os atos praticados pelos agentes ou órgãos subalternos a outro determinado agente ou órgão.

Por fim, em função da descentralização administrativa passam a integrar a Administração Pública Federal não só a União, mas também a pessoa política representante da Administração Direta na forma de pessoas jurídicas privadas, detentoras de autonomia administrativa e financeira, vinculadas, mas sem subordinação à Administração Direta por meio de um Ministério relacionado às atividades desenvolvidas por aquela pessoa jurídica.

Em razão da autonomia administrativa mencionada, o controle das entidades da Administração Indireta, consubstanciado na denominada supervisão ministerial, em muito difere do controle hierárquico pleno e automático outrora descrito, haja vista depender de norma legal que o estabeleça e determine os meios de controle, bem como os aspectos a serem controlados nas ocasiões de sua realização.

O controle administrativo variará em função da atuação de cada órgão do Poder Executivo, entretanto a relação de fiscalização será a mesma, ou seja, o controle será exercido pelos órgãos superiores sobre seus subordinados, mediante relações de hierarquia, logo, modo de controle hierárquico próprio. Por outro lado, quando realizado por órgãos especializados no julgamento de recursos, como por exemplo, as Delegacias de Julgamento da Receita Federal e os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, ocorrerão as dita relações de hierarquia imprópria pela inexistência de relação de subordinação direta, mas de hierarquia técnica.

A Administração Direta atua sobre suas entidades na Administração Indireta, mais precisamente, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, na forma de controle finalístico, sendo este controle a principal atuação feita pelos Ministérios sobre as entidades da Administração Indireta a eles vinculadas, por fundamento da relação de vinculação entre a Administração Direta e a Indireta. Não se trata de relação hierárquica, tendo em vista essas pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta possuem autonomia administrativa.

#### 2.1.2.2 - Controle institucional interno direto

Também conhecido como controle administrativo, trata-se do controle que o Poder Executivo realiza indiretamente sobre suas atividades, sobre os aspectos da legalidade e do

mérito, por expressão da prerrogativa da autotutela, exercendo, assim, fiscalização sobre todos os atos administrativos produzidos pelos seus agentes.

O poder regulamentar<sup>116</sup> define-se pela prerrogativa dos Chefes de Poder Executivo para emanação de atos administrativos gerais e abstratos, cujos efeitos externos atuam esclarecendo o disposto nas leis, para seu correto cumprimento, assim como a amplitude da regulamentação do Poder em tela, varia na sua própria divisão sistêmica, pelo qual se dividem em decretos ou regulamentos de execução e regulamento ou decretos autônomos. Ratifica esse entendimento o conceito dado por Diogenes Gasparini<sup>117</sup> pelo que define ser “a competência para editar atos normativos chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”

Regulamento de execução limita-se às disposições legais expressas e implícitas, se dispondo a explicitar comandos contidos nas leis, aclarando pontos genéricos ou obscuros, contudo, sem que suas disposições, impeçam a sua fiel execução. Já o regulamento autônomo visa disciplinar situações sem regulação legal, em que pese a observância do princípio da reserva legal, ou seja, a vedação a edição de atos administrativos normativos autônomos.

Por oportuno, cumpre ressaltar que o art. 49, V, da Constituição Federal de 1988, quando definiu a competência exclusiva do Congresso Nacional para atribuir ineficácia aos atos regulamentares do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, não estabeleceu que limites seriam esses, haja vista não haver vedação para edição de decretos que regule a lei, ampliando ou restringindo suas disposições<sup>118</sup>.

Pelo controle do Poder tem-se procedido à busca de soluções capazes de conferir as respostas a tais demandas sociais, uma vez que os riscos da demora poderão ser superiores àqueles que atualmente são previsíveis, haja vista risco do alcance do aumento dos índices de impropriedades ou improbidades administrativas, e por fim o descrédito popular com as soluções democráticas constitucionais já abordadas, logo, como pronta resposta a tal descrédito, surge o

<sup>116</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama o poder regulamentar de “poder normativo, já que não se esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras [...] portanto insere-se o Poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo”. (**Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89-90.)

<sup>117</sup> **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171.

<sup>118</sup> Destarte fica a impressão que o art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988 teria vedado o decreto autônomo em nosso ordenamento, todavia em entendimento alinhado com o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, impôs que atos e omissões devem ser regulados de maneira geral por lei. De qualquer forma, o controle exercido pelo Poder Legislativo com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal de 1988, não será expressão do controle de mérito, mas de legalidade e legitimidade, tendo em vista que não autoriza o Poder Legislativo a apreciar os atos praticados pelo Poder Executivo segundo critérios de oportunidade ou a conveniência, mas somente sustar aqueles que contrariem ou ultrapassem os limites legais.

exercício permanente e efetivo do controle do Poder para possibilitar e ampliar genericamente as atuações de fiscalização, promoção e defesa dos interesses públicos, por meio da abertura de novos meios de atuação e manifestação da sociedade.

Destarte a atuação social pelos meios constitucionais é capaz de agir na estrutura do Estado de maneira democrática contra os desvios principiológicos nos diversos atos administrativos, conferindo a pronta resposta do Direito às possibilidades de lesão ao patrimônio público e a sociedade como um todo. Essas diversificações instrumentais de fiscalização, controle e defesa dos interesses da sociedade aperfeiçoam a democracia ao apresentarem novas alternativas de participação da cidadania em defesa dos seus diretos e interesse por meio da ampliação de sua legitimidade nos processos de interação da sociedade com o Estado, de modo a participar da busca de soluções políticas eficazes ao controle social.

Ademais, as alternativas institucionais implementam-se constitucionalmente pela criação e pelo desenvolvimento de novas funções independentes canalizadoras da expressão da sociedade, criadas no próprio Estado, de modo a relacionar e aprimorar a harmonia das funções constitucionais, de maneira independente, e desempenhadas pelos agentes da Administração Pública distinguem-se das demais pelo exercício das competências constitucionais relacionadas aos interesses diretos da sociedade, embora, sempre que legitimamente com estes compatíveis, possam também curar dos interesses do próprio Estado em seus desdobramentos políticos e administrativos, constituindo-se assim, tal como é o Judiciário, como outro complexo orgânico constitucional de funções estatais.

Aqui fica claro que pelo controle interno a Administração pública quando necessário, acaba por rever aqueles atos que contrariaram os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 como manifestação da prerrogativa de autotutela<sup>119</sup> da Administração Pública quanto aos seus atos. Vanderlei Siraque<sup>120</sup> ensina que “a anulação ou a revogação do ato é exercício de poder político e não direito, mas por tratar-se de administração Pública submissa à lei, é um poder-dever.”

Se analisarmos a formação do contrato como ato administrativo *lato sensu*, desde a sua fase licitatória ou pré-negocial, até sua fase contratual para implantar políticas públicas,

<sup>119</sup> 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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 631 do Supremo Tribunal Federal, 3 Dez. 1969.)

<sup>120</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.

aproveita-se alguns procedimentos da doutrina das Ciências Administrativa e da Economia, quanto ao emprego de novas técnicas de avaliação e controle dos atos da Administração Pública, para avaliação de sua eficiência e eficácia na prestação de serviços ou adoção de políticas públicas de qualidade, bem como da própria composição do processo.

Essa integração conduzirá a gestão pública a um novo nível de qualidade, relacionando-se com a governança corporativa regulatória, de modo que as técnicas e métodos de avaliação e controle do contrato administrativo focarão os modelos utilizados nas ciências da Administração e Economia, cujo conceito inicial ficou conhecido como *New Public Management*<sup>121</sup>.

Junto à inovação dos meios de controle pela busca pela qualidade, apresenta-se o Ciclo PDCA, também conhecido Ciclo da Melhoria Contínua, Ciclo de Shewhart, Ciclo de Deming ou Método Gerencial Básico de Qualidade, que embora concebido nos anos 30, compõe-se de métodos baseados em práticas contemporâneas compostas de etapas de planejamento, execução, controle e atuação, como tradução dos termos *Plan, Do, Check, Action*<sup>122</sup>, para condução dos rumos dos atos administrativos em todos os seus requisitos, até a concretização das consequentes políticas públicas.

Com a aplicação do Ciclo PDCA e incrementado pelas técnicas modernas baseadas no Guia *PMBOK - Project Management Body of Knowledge*<sup>123</sup>, as etapas de concreção das políticas públicas por meio dos contratos administrativos, serão observadas no exercício do controle na busca e prevalência da eficiência para a adoção das práticas para a consecução da boa administração<sup>124</sup>, e sua celeridade na prevenção contra vícios que ensejam em nulidade, e sua

---

<sup>121</sup> Essa expressão refere-se aos conceitos e ideias surgidas nos anos 80, onde tais inovações foram aplicadas na administração pública norte-americana e inglesa, para busca do aumento da qualidade dos serviços públicos, pela sua descentralização, mediante parceria com o setor privado.

<sup>122</sup> PENTEADO, Jurandir; GRAEMI, Alexandre Reis. **Administração da Produção**. Curitiba: Unicen, 2007. p. 554.

<sup>123</sup>. O PMBOK trata-se de um rol de boas práticas para gerenciamento de projetos, publicado desde 1983 pelo *Project Management Institute* (PMI), e adotado mundialmente como padrão de referência neste tipo de gestão. Apresenta-se como um guia de práticas para condução a um intercâmbio de profissionais, versando na eficiente troca de informações baseadas na condução de processos e subprocessos a serem empreendidos ao longo de seus projetos, em nove áreas de conhecimento, sendo elas integração, escopo, tempo, custos, qualidade, recursos humanos, comunicações, riscos e aquisições. (**Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos (guia PMBOK)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

<sup>124</sup> Vide nota de rodapé nº 86.

consequente necessidade de retrabalho, nocivas a Administração Pública e ao próprio princípio da eficiência. Maria Paula Dallari Bucci<sup>125</sup> acrescenta que:

Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento.

Neste contexto em sua primeira fase do Ciclo PDCA aplicada ao contrato administrativo, é o seu planejamento, altamente relevante pelo fato de que nesta etapa se costuram as condições de sua execução a luz do ordenamento jurídico. Na fase subsequente (*Do*), sua aplicação resume-se em implementar a execução do contrato, segundo o planejamento anterior, com estrita vinculação à lei, ainda que haja a possibilidade de ação discricionária. A próxima fase é a essência da subsunção do Ciclo PDCA (*Check*) ao controle da Administração Pública, pela busca da eficiência, eficácia e efetividade do objeto do contrato ao interesse social, por meio da melhoria dos serviços públicos.

Seguindo para o final do Ciclo (*Action*), diante da ocorrência de ineficiência, ineficácia ou falta de efetividade plotada pelo controle interno, a Administração Pública pela autotutela de seus atos, deverá atuar de modo corrigir o problema evidenciado na análise do ato, promovendo a sua anulação ou, se possível, adequá-lo aos preceitos da boa administração, e prestando serviços públicos de qualidade por meio de atos administrativos eficientes e eficazes.

Essa noção de governança corporativa garantirá maior efetividade na gestão pública e conferirá maior celeridade na satisfação das demandas sociais, bem como na correção de eventuais obstáculos à eficiência e a sustentabilidade, levando a uma gestão de resultados pelo aumento de interação entre a sociedade e a Administração Pública<sup>126</sup>. “Boas e rígidas regras de

<sup>125</sup> **Políticas públicas e o direito administrativo.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 34 n. 133. jan/mar, 1997, p. 97.

<sup>126</sup> Luiz Carlos Bresser Pereira defende que “boas e rígidas regras de governança podem ser estabelecidas tanto para coibir o uso de mecanismos de anulação das forças de controle do Estado quanto para limitar os fatores que favorecem o oportunismo e a expropriação”. (**Reforma do Estado para a Cidadania**. 1. ed. São Paulo: Editora 34-ENAP, 1998, p. 33).

governança podem ser estabelecidas tanto para coibir o uso de mecanismos de anulação das forças de controle do Estado quanto para limitar os fatores que favorecem o oportunismo e a expropriação”.

## **2.2 – CONTROLE INSTITUCIONAL SEGUNDO OS CRITÉRIOS DE ANÁLISE.**

Pela abordagem feita no início desta seção quando o controle institucional analisa o contrato administrativo segundo critérios de mérito ou de legalidade, e seu respectivo alcance e pelos órgãos que o exerce, a fiscalização poderá ocorrer sob a forma de controle Administrativo, controle Legislativo e controle Jurisdicional<sup>127</sup>.

### **2.2.1 - Controle Administrativo**

Trata-se do controle institucional interno que o Poder Executivo realiza sobre seus atos administrativos, de forma direta ou indireta. O controle administrativo é um controle de legalidade e de mérito, derivado da prerrogativa da autotutela<sup>128</sup> da Administração Pública sobre todos os seus atos administrativos, logo, sobre a atividade negocial.

Acrescem, ainda, os termos da súmula nº 346, que define que a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. No mesmo sentido a súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal definiu que 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. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>129</sup>:

Esse controle sobre os próprios atos pode ser exercido *ex-officio*, quando a autoridade competente constatar a ilegalidade de seu próprio ato ou de ato de seus subordinados; e pode ser provocado pelos administrados por meio dos recursos administrativos. O controle sobre as entidades da Administração indireta, também chamado de tutela, é um controle externo que só pode ser

<sup>127</sup> Vide nota de rodapé nº 99.

<sup>128</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.040.

<sup>129</sup> **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 727.

exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu.

O exercício desse controle, de maneira geral, ocorre pela fiscalização e pelo uso dos recursos administrativos pelos administrados, no entanto, sem prejuízo da inafastabilidade de jurisdição. Pelo controle institucional e conforme o órgão de execução do controle administrativo, esse controle poderá ser hierárquico ou finalístico.

Pelo controle hierárquico os órgãos superiores atuam diretamente sobre os órgãos inferiores, ou indiretamente por meio de órgãos especializados na apreciação dos questionamentos e julgamentos das demandas dos administrados junto, por exemplo, as suas Delegacias de Julgamento da Receita Federal e os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Por sua vez, pelo controle finalístico a Administração Direta atua e controla os atos administrativos das entidades da Administração Indireta, por meio de supervisão ministerial, prevista no Decreto-Lei nº 200/67<sup>130</sup> e, fundamentada na relação de vinculação entre a Administração Direta, centralizada, e a Indireta. É importante ressaltar que esse controle não se funda em relação hierárquica, tendo em vista que as pessoas jurídicas que compõe a Administração Indireta possuem autonomia administrativa e financeira, prevista na sua lei de criação. O cidadão se comunica com a Administração Pública por meio dos ditos instrumentos de controle, com vistas a solicitar o reexame de seus atos administrativos, tais como o recurso administrativo, o pedido de reconsideração de ato, a reclamação administrativa, o direito de petição e recurso hierárquico<sup>131</sup>.

Considerando que o direito de petição<sup>132</sup> já foi abordado anteriormente, seguiremos para as considerações acerca do recurso administrativo, o qual Diogenes Gasparini<sup>133</sup> define que “é pedido de reexame de ato ou decisão de agente ou órgão que o recorrente faz a agente ou

<sup>130</sup> TANAKA, Sônia Yuriko; PIRES, Antônio Cecílio Moreira; JUCÁ, Francisco Pedro; PAIOLI, Fulvia Helena Gioia; REIGOTA, João Manuel dos Santos; SIQUEIRA NETO, José Francisco CORREA, Neyde Falco Pires. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 485.

<sup>131</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323.

<sup>132</sup> Vide nota nº 101.

<sup>133</sup> **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.043.

órgão superior, visando o seu desfazimento ou modificação.” Neste mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>134</sup> explica que este instrumento

pode ter efeito suspensivo ou devolutivo; este último é o efeito normal de todos os recursos, independendo de norma legal; ele devolve o exame da matéria à autoridade competente para decidir. O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo.

Por sua vez, pelo pedido de reconsideração de ato o administrado solicita sua modificação à autoridade responsável pelo ato administrativo negocial bem como a todos os envolvidos no processo decisório de todas as fases do contrato administrativo, abrangendo sua fase pré-negocial até seu exaurimento.

Para Diogenes Gasparini o pedido de reconsideração de ato não considerado recurso administrativo, haja vista que somente pode ser formulado uma vez, e ante seu indeferimento, não admite nova formulação, nem tão pouco possibilita nova apreciação<sup>135</sup>. Na mesma direção, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>136</sup> ratifica o entendimento, quando acrescenta que seu “prazo para decisão é de 30 dias, não podendo ser renovado; só é cabível se contiver novos argumentos; caso contrário, caberá recurso à autoridade superior.”

Pelo recurso hierárquico, há a pretensão de que a autoridade superior que emanou o ato faça seu reexame, tramitando dentro do mesmo órgão em que o ato administrativo foi produzido, com a finalidade de se obter seu efeito suspensivo ou sua devolução. O pleito desses dois efeitos é comum nas impugnações dos atos administrativos em cese dos procedimentos negociais abordando todas as suas fases até o exaurimento da relação obrigacional<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 728.

<sup>135</sup> **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.042.

<sup>136</sup> Convém ressaltar, que para a autora o pedido de reconsideração de ato é uma espécie de recurso administrativo, ao passo que Diogenes Gasparini afirma que o recurso administrativo, o pedido de reconsideração de ato, a reclamação administrativa e o direito de petição são todos instrumentos de controle administrativo autônomo. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 732.) (GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.040-1.041.)

<sup>137</sup> TANAKA, Sônia Yuriko; PIRES, Antônio Cecílio Moreira; JUCÁ, Francisco Pedro; PAIOLI, Fulvia Helena Gioia; REIGOTA, João Manuel dos Santos; SIQUEIRA NETO, José Francisco CORREA, Neyde Falco Pires. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 487.

Por fim, com previsão no Decreto nº 20.910/32, a reclamação administrativa, embora não tenha hipóteses definidas de cabimento, possui sentido amplo por abranger as várias todas as possibilidades de oposição aos atos administrativos que afetem direitos ou interesses legítimos do reclamante, a exemplo de um lançamento tributário considerado incorreto durante a emissão de uma nota fiscal no curso do cumprimento do contrato administrativo. Cabe ressaltar que a reclamação é faculdade exercitável por pessoa física ou jurídica, que tenha direitos ou interesses legítimos afetados ou em via de afetação por ato ou atividade pública, logo, podendo ser feita na modalidade repressiva ou preventiva<sup>138</sup>.

## **2.2.2 - Controle Legislativo**

O controle legislativo sobre a Administração Pública limita-se às hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988, a fim de limitar-se ao mínimo indispensável com vista a preservar a independência e harmonia entre os três Poderes. Tal controle é exercido, de forma externa, pelos Poder Legislativo, por meio de comissões parlamentares e por meio do Tribunal e Contas, segundo o duplo viés da legalidade e da conveniência, portanto, controle eminentemente político orientado pela supremacia do interesse coletivo como forma de salvaguardar os interesses do Estado e da comunidade.

A função de fiscalização e controle dos atos da Administração pelo Poder Legislativo, disciplinada no art. 49, X, da Constituição Federal de 1988, é acrescida da fiscalização financeira e orçamentária da União pelos Tribunais de Contas. Cumpre ressaltar, que Maria Zanella Di Pietro<sup>139</sup> ainda acrescenta que as “legislações complementares ou ordinárias e as Constituições estaduais preveem outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes”.

A atividade de fiscalização pelo controle Legislativo se resume basicamente ao controle financeiro e ao controle político<sup>140</sup>. Neste o foco principal é observância da legalidade na produção dos atos administrativos vinculados e discricionários, principalmente naqueles que

<sup>138</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.043.

<sup>139</sup> **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 739.

<sup>140</sup> TANAKA, Sônia Yuriko; PIRES, Antônio Cecílio Moreira; JUCÁ, Francisco Pedro; PAIOLI, Fulvia Helena Gioia; REIGOTA, João Manuel dos Santos; SIQUEIRA NETO, José Francisco CORREA, Neyde Falco Pires. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488.

compreendem toda a fase de contratação até seu exaurimento no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

Já pelo controle financeiro, fundamentado nos art. 70 a 75, da Constituição Federal de 1988, o alvo da fiscalização abrange os atos administrativos relacionados às questões financeiras, contábeis e orçamentárias, com ampla atuação do Tribunal de Contas da União e das Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>141</sup> na aprovação de contas e na apuração de irregularidades na condução dos contratos administrativos. Carlos Ayres Brito<sup>142</sup> assinala que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.” Em síntese o controle Legislativo, no sentido financeiro, atua no controle de legalidade dos atos, da economicidade, do resultado da administração (no contexto da eficiência) e legitimidade.

O controle de legalidade enseja o controle dos atos administrativos praticados nas atividades pré-negociais e contratuais que ensejam a arrecadação da receita, realização da despesa

<sup>141</sup> Para elucidar e enumerar os princípios investigatórios das CPIs é imprescindível adentrar em uma das maiores polêmicas jurídicas envolvendo essas comissões: a relação de seus poderes com o princípio constitucional da reserva de jurisdição. Para tanto, é preciso lembrar que o núcleo essencial da função jurisdicional do Poder Judiciário no atual ordenamento jurídico pátrio (art. 92; 127; e 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988) engloba os deveres de solucionar conflitos de interesse de forma definitiva e de garantir a efetivação e a proteção dos direitos individuais. Uma coisa é certa: é o Judiciário o único Poder adequado para desenvolver a função jurisdicional de maneira definitiva. [...] Importante observar também, que para a completa compreensão da delimitação dos poderes investigatórios da CPIs, as diferenças entre investigação, de instrução e de prova. Os primeiros (atos de investigação) são aqueles que procuram informações para esclarecer determinada ocorrência. Os atos de instrução são aqueles que relativos à materialização dos resultados das diligências, em forma de relatórios. Os atos de prova, por sua vez, são aqueles atos de instrução em caráter definitivo, respeitando o contraditório, e produzidos perante o juiz natural. [...] A grande questão surge neste momento e que é de importância ímpar para o tema dos poderes das CPIs, é saber: existe reserva de jurisdição absoluta na implícita na CF/88? Ou então: os casos de reserva de jurisdição absoluta devem, todos, estar previstos expressamente no Texto Constitucional? Existem sobre esse tema três principais correntes doutrinárias. Uma sustenta que a negação da reserva de jurisdição absoluta, pregando a total equiparação dos poderes investigatórios da CPI àqueles voltados ao Judiciário. Outra, que é a que atualmente é adotada pelos nossos tribunais superiores, advoga pela reserva de jurisdição estrita, em que se entende que as reservas de jurisdição absoluta devem sempre estar expressas na Constituição Federal ou ao menos na lei. Sob o ponto de vista da jurisprudência do STF, portanto, a questão da reserva absoluta, uma previsão constitucional ou legal expressa ou pacífica, a Corte Suprema entende não existir a referida reserva jurisdicional absoluta. Há, todavia, uma corrente mais “garantista”, que defende uma reserva de jurisdição absoluta e ampla. Defendem seus adeptos que ela também pode ser extraída de forma implícita dos princípios norteadores do sistema jurídico brasileiro. Para esta corrente, por exemplo, seria também reserva absoluta de jurisdição toda situação que ensejar em limitação de um direito fundamental ou outro bem constitucionalmente protegido, em decorrência de um conflito de interesses que só pode ser solucionado de forma definitiva pelo Poder Judiciário. Independentemente da corrente de pensamento que seja adorada, o remédio constitucional para eventuais invasões da reserva de jurisdição absoluta é o mandado de segurança (inclusive preventivo), a ser impetrado junto ao STF em face do presidente da CPI. (PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 153-155.)

<sup>142</sup> **Distinção entre Controle Social do poder e participação popular.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 120.

e extinção de obrigações. Por sua vez o controle de legitimidade se faz a análise do mérito, examinando se o recurso aplicado ao contrato, embora prevista no orçamento aprovado, está de acordo com sua destinação e conforme a ordem de prioridade prevista no plano plurianual. O controle de economicidade e resultado atua observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade<sup>143</sup> quando analisa a questão de mérito se a contratação pública é a mais econômica, segundo exame da relação custo-benefício.

Já o controle político considera e analisa ora o mérito, ora a legalidade, uma vez que examinará as decisões administrativas, inclusive, quanto ao aspecto discricionário. Com já visto anteriormente, no âmbito da discricionariedade administrativa, os critérios de oportunidade e conveniência, são vinculados aos princípios do Direito Administrativo, e consequentemente, a Lei, cuja afronta induz em prática de crime de responsabilidade e improbidade. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>144</sup> esse controle legitima

[...] a convocação de Ministro de Estado, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, bem como por qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência, sem justificação adequada [...]

Assim, pelo controle político ocorre a apreciação de todos os atos administrativos insertos nas contratações públicas, quanto à observância da autorização conferida por meio de decreto-legislativo ou resolução. Por fim, além das competências constitucionais previstas, o Poder legislativo é legítimo para suspender todos os atos normativos do Poder Executivo que

---

<sup>143</sup> Para Paulo Bonavides, “o princípio da proporcionalidade é, por seguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que se consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”. Ainda acrescenta o autor, “Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânones do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro, Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre a matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.” (**Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 436.)

<sup>144</sup> **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 739.

exorbitemos limites do art. 49, V, da Constituição Federal de 1988<sup>145</sup>, o que enseja em exercício do controle por provocação ou *ex-officio*, da legalidade dos atos normativos do Poder Executivo, independente de manifestação anterior do Poder Judiciário.

### **2.2.3 - Controle Jurisdicional**

O exercício do controle social enseja na aquisição de prerrogativas de fiscalização e cobrança da aplicabilidade eficiente e eficaz dos recursos públicos na aquisição de bens e serviços sob a égide da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e demais regulações positivadas no ordenamento jurídico pátrio, tudo com vistas à persecução de políticas públicas<sup>146</sup> capazes de alinhar com os conceitos ligados à boa administração. Segundo Sonia Yuriko Kanashiro Tanaka o “controle judicial, juntamente com o princípio da legalidade, é considerado fundamento do Estado de Direito.”<sup>147</sup>

O que se questiona são as formas coação para obrigar a Administração Pública a atuar de maneira vinculada, sobretudo quanto à emanção dos atos que comportam o poder discricionário. Como resposta, se apresentam os instrumentos de controle social, entretanto acompanhados de questionamentos acerca da eficiência, eficácia e efetividade no exercício do controle social, abordados sequencialmente a partir deste momento.

A Ação Popular, regulamentada pela Lei nº 4.717/65 e recepcionada pelo art. 5º, LXXIII, Constituição Federal de 1988, com vista a proteger o patrimônio público, pela observância da moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, que além de ser uma garantia constitucional, é também um direito subjetivo do cidadão a probidade e a moralidade administrativa.

É cediço que a Ação Popular foi a primeira espécie de ação coletiva surgida no ordenamento jurídico pátrio, de forma que sua propositura ocorrerá mediante necessidade de

<sup>145</sup> TANAKA, Sônia Yuriko; PIRES, Antônio Cecílio Moreira; JUCÁ, Francisco Pedro; PAIOLI, Fulvia Helena Gioia; REIGOTA, João Manuel dos Santos; SIQUEIRA NETO, José Francisco CORREA, Neyde Falco Pires. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488.

<sup>146</sup> Para Maria Paula Dallari Bucci, “o fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes.” (**Políticas públicas e o direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 34 n. 133, jan/mar, 1997, p. 90).

<sup>147</sup> **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 491.

defesa do interesse público e não do interesse pessoal do autor, a qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>148</sup> considera ser “um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre os atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger.”

Talvez seja o remédio constitucional de maior relevância no controle externo, haja vista sua eficácia no controle e fiscalização dos contratos da Administração Pública, sobretudo quanto à observância da regulação das atividades pré-negocial. Em síntese, trata-se de um mecanismo constitucional para exercício da cidadania com vistas a tutelar os interesses difusos da probidade administrativa, da eficiência e da moralidade na gestão da coisa pública, com vistas a desconstituir os atos lesivos, condenando os responsáveis à repararem ao erário, sem prejuízo das perdas e danos.

Este remédio é aplicável na invalidação de contratos administrativos ilegais e lesivos ao erário público e à moralidade administrativa, dado os impositivos de sustentabilidade nas licitações e contratos administrativos<sup>149</sup>. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>150</sup>:

É, talvez, a única providência judicial realmente temida pelos administradores, nos termos do art. 11 da referida lei, se a ação for julgada procedente, vindo a ser decretada a invalidade do ato impugnado, a sentença condenará ao pagamento de perdas e danos responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele.

Sistematicamente, o ajuizamento da Ação Popular, originalmente, tem por finalidade invalidar ato ou contrato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público, à moralidade e ao meio ambiente, de forma preventiva ou repressiva, ajuizada, inclusive, antes da produção dos efeitos lesivos, ou mesmo depois de consumados, contudo, carece de 3 (três) requisitos, sendo

<sup>148</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 699.

<sup>149</sup> A eficiência da sustentabilidade nas licitações e contratos administrativos se traduz pela excelência na consecução de seus objetivos integrados às dimensões da sustentabilidade, de forma que isonomicamente seja capaz de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sob critérios da máxima objetividade e relevantes custos benefícios sociais, ambientais econômicos, políticos e espaciais. O questionamento central e desafiador é mensurar os benefícios da eficiência da sustentabilidade nas licitações e nos contratos administrativos como prática de boa administração pública, conceito este que será abordado maiores a diante. As aquisições e contratações públicas conduzidas sob o balizamento do princípio de sustentabilidade refletem diretamente geração de riquezas a curto e médio prazos, e indiretamente na economia de recursos públicos no longo prazo. A observância de critérios de sustentabilidade se traduz na geração de empregos e o consequente crescimento do país pelo aumento da produtividade, seguido pelo correspondente desenvolvimento nas diversas áreas correlatas.

<sup>150</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 984.

eles, a legitimidade ativa<sup>151</sup> exclusivamente para cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, com plenos direitos políticos, a existência de ato, nestes ligados ao procedimento licitatório, ou contrato administrativo impugnado por ilegalidade, porque desatenção aos requisitos ou condições de validade, bem com a presença de lesividade material ou presumida.

Têm legitimidade para propor Ação Popular todos os cidadãos<sup>152</sup> que estão em dia com seus deveres e direitos políticos, conforme art. 14,§ 1º, II, c, da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, o polo passivo figura o agente que praticou o ato lesivo, a entidade lesada e os beneficiários do ato ou do contrato lesivo ao patrimônio público, ou ainda, com pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, cujo ato é objeto de impugnação, logo, toda entidade, não obstante de natureza privada, em que o Estado participe é passível de controle.

A competência em sede de Ação Popular firma-se em conformidade com a origem do ato impugnado ou da omissão, existindo na modalidade preventiva para coibir atos lesivos, quanto repressiva, na busca do resarcimento do dano causado ao erário, da anulação do ato, bem com a recomposição do patrimônio atingido, sobretudo quanto ao numerário orçamentário.

Quando proposta contra agente público ou do terceiro responsáveis pelo contrato administrativo ilegal e lesivo, a entidade lesada figurará na relação processual, sendo citada, mas podendo assumir qualquer dos polos da relação processual, de tal sorte que os autores ato serão litisconsortes obrigatórios. Hely Lopes Meirelles<sup>153</sup> entende que o Ministério Público será parte pública autônoma, cumprindo-lhe examinar se estão presentes os pressupostos de admissibilidade e bem como as condições da ação da relação processual instalada.

A sentença produzirá efeitos *erga omnes*, acarretando na invalidação do ato ou contrato administrativo, condenação dos agentes públicos, responsáveis e beneficiários do ato ou contrato, bem como imputação de perdas e danos, honorários advocatícios, custas e despesas processuais.

Contudo, ante ao entendimento de improcedência da ação quanto seu mérito, produzirá os mesmos efeitos e inviabilizará o ajuizamento de nova ação. Cabe ressaltar que após

<sup>151</sup> Cumpre ressaltar, que a legitimidade ativa não exclui os maiores de 16 (dezesseis) anos, os portugueses equiparados a brasileiros, entretanto não englobam pessoas jurídicas, estrangeiros, o Ministério Público, e ainda, os brasileiros que tiveram suspensos ou declarados perdidos os respectivos direitos políticos.

<sup>152</sup> É importante ressaltar, que o autor da Ação Popular não é substituto processual na defesa de interesse alheio, mas atua em proteção ao próprio direito, manifestadamente Direito Público subjetivo à probidade e à moralidade administrativa em todos os atos da Administração Pública, e principalmente na execução dos contratos públicos.

<sup>153</sup> **Direito administrativo brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

seu trânsito em julgado, a sentença constituirá título executivo, todavia o eventual sequestro e penhora da condenação à devolução de bens ou valores independe do trânsito em julgado.

Quanto à coisa julgada, importante mencionar que esta se opera *secundum eventum litis*, com efeitos *erga omnes* em caso de procedência ou improcedência. Por sua vez, se a improcedência resulta de insuficiência de provas, haverá somente coisa julgada formal, de modo a legitimar os demais cidadãos na propositura de outra ação idêntica, diante de novo integrante do conjunto probatório, conforme fundamento art. 18, da Lei nº. 4.717/65.

Ademais, tal garantia constitucional representa um instrumento jurídico essencial ao controle social da Administração Pública, uma vez que confere ao cidadão um meio adequado ao Direito Público subjetivo de exigir a reparação dos danos ao patrimônio público, em sentido amplo, logo, traduz-se na oportunidade de exercício da cidadania social, de modo a guardar e preservar o patrimônio público, bem como controlar os atos e omissões dos representantes.

A Ação Civil Pública com conforme fundamento do art. 1º, da Lei nº 7.347/85, tem origem constitucional, em que pese não integrar o rol dos direitos e garantias do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, registra-se que o seu art. 129, III, atribuiu ao Ministério Público à função institucional de proteção do patrimônio público e social, e demais interesses difusos e coletivos, sobretudo quanto aos procedimentos licitatórios e contratos administrativos. Em igual sentido assegura Celso Antônio Bandeira de Mello ser “instrumento utilizável, cautelarmente para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos paisagísticos, ou, então para promover a responsabilidade de quem não haja causado a lesão”<sup>154</sup>.

Reveste-se como relevante instrumento de tutela dos interesses transindividuais, conforme disciplina a Lei nº 7.347/85 e as regras processuais da Lei nº 8.038/90, em que pese tratar-se de meio processual de controle da Administração Pública para impedimento e repressão à prática de danos aos interesses difusos e coletivos. Por sua vez, em complemento ao art. 129, III, da Constituição Federal de 1988 atribui ao Ministério Público a legitimidade para sua propositura, sem que enseje em usurpação da legitimidade de terceiros.

Cumpre ressaltar, que a menção a este instituto visa analisar somente o controle da Administração Pública e não o rol de implicações dessa espécie de instrumento de acionamento do controle jurisdicional. Contudo, independente do objeto da Ação Civil Pública, principalmente quanto à repressão ou impedimento de atos ou contratos administrativos, reveste-se da qualidade

---

<sup>154</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 984.

de instrumento de efetivação de controle social da Administração Pública, um vez que romperá a inércia do controle jurisdicional.

A tutela do patrimônio público, principalmente da gestão do erário público, é sem dúvida o ponto marcante no controle da Administração Pública, sobretudo em face aos chamados atos de improbidade administrativa. Ainda que diante de lapso temporal que iniba a apuração, o Ministério Público permanece com legitimidade para apuração de responsabilidade e resarcimento de eventuais danos ao erário, haja vista a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988.

O Mandado de Segurança, por fundamento do art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal de 1988, divide-se na modalidade individual ou coletiva, visando à tutela dos direitos individuais ou coletivos, líquidos e certos, que não sejam passíveis de proteção por *Habeas Corpus*, violados ou ameaçados de lesão, seja por ilegalidade ou por abuso do poder pela Administração Pública, sobretudo na condução dos procedimentos licitatórios e na celebração dos contratos administrativos.

Segundo Vanderlei Siraque<sup>155</sup>, a diferença básica entre o Mandado de Segurança coletivo e o individual está basicamente em seu objeto e na legitimação ativa. Ainda na análise dos termos da definição acima, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo líquido e certo

[...] é o direito independentemente de sua complexidade, quando os fatos a que se deva aplica-lo sejam demonstráveis “de plano”; é dizer que independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo. [...]<sup>156</sup>

Tal remédio está fundamentado na Lei nº 12.016/09, tratando-se de ação constitucional, de natureza civil, de rito especial, que objetiva o confronto entre o direito individual ou coletivo, líquido e certo, e o ato da Administração Pública. Cabe ressaltar, que o direito consagrado no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988 não corresponde apenas ao direito subjetivo, mas a toda e qualquer situação jurídica capaz de afetar ao exercício da cidadania.

---

<sup>155</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190.

<sup>156</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 982.

Todavia, o direito lesionado ou ameaçado deve carecer dos atributos de liquidez e certeza para que seja possível a impetração do Mandado de Segurança, de forma a comprovar a liquidez e a certeza do direito alegado, eliminando a dúvida. Por sua vez, a impropriedade na terminologia legal, considerando o direito é líquido e certo, ainda sim, sua comprovação ou a instrução probatória demanda a justificativa ou indicação da sua existência, como pressuposto constitucional da admissibilidade do Mandado de Segurança. O direito líquido e certo é o que pode ser comprovado de plano, com a impetração, ilustrando-se no direito a políticas públicas eficientes e eficazes, sobretudo quanto ao emprego dos recursos públicos no contexto das licitações e dos contratos administrativos.

A legitimidade passiva pertence, não somente a Administração Pública direta ou indireta, mas também a todos os particulares que atuem por delegação ou autorização do Poder Público nas Permissões e concessões públicas. O fundamental, em tais hipóteses, é que o ato seja revestido de atributos próprios dos atos administrativos, e não se trate de meros atos de gestão.

Ademais, a autoridade coatora é a responsável pela condução de todo o procedimento ou execução do contrato, de sorte que a responsabilidade não recai na pessoa do executor do procedimento licitatório, mas sobre a autoridade homologadora<sup>157</sup>. Para fins de impetração do Mandado de Segurança<sup>158</sup>, a autoridade coatora é aquela que executa o ato impugnado ou o ordena a sua execução, e não o superior hierárquico que recomendou ou baixou as normas para sua execução.

Por fim, tal remédio constitucional não tem cabimento em face de atos incapazes de produzir efeitos imediatos, como os que admitem recurso com efeito suspensivo, como também não se presta a substituir outro meio processual adequado ou à revisão de decisões judiciais já transitadas em julgado. Contra os atos de gestão das entidades empresariais, a exemplo das empresas públicas e das sociedades de economia mista, não cabe o Mandado de Segurança<sup>159</sup> por carência de atributos próprios dos atos administrativos.

<sup>157</sup> Destarte a edição da Súmula nº 510 do STF, que sinalizou pelo cabimento do Mandado de Segurança ou a medida judicial praticada contra ato de autoridade, no exercício de competência delegada, ou seja, inclusive contra o concessionário. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal, 3 Dez. 1969).

<sup>158</sup> O Supremo Tribunal Federal tem admitido o litisconsórcio passivo, assim como o dever de promover a citação de todos os litisconsortes, compete ao impetrante. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 631 do Supremo Tribunal Federal, 24 Set. 2003.)

<sup>159</sup> O Supremo Tribunal Federal<sup>159</sup> tem sinalizado que o andamento de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do Mandado de Segurança contra omissão da autoridade, bem como contra ato de dirigente de empresa pública. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal, 1º Jun. 1964.)

Por fim na modalidade coletiva, prevista no art. 5º, LXX, da Constituição Federal de 1988 fundamentou sua impetração por pessoa jurídica para a tutela de direito coletivo ou individual homogêneo, de modo a tutelar a defesa de direito líquido e certo que não seja meramente individual, mas coletivo, ou individual homogêneo, diante de ato abusivo do Administrador Público, ainda que na condição de concessionário de serviço público. Muito embora não tenha previsto, não há impedimento para sua impetração em defesa de direitos difusos, visto ser uma das espécies de direitos ou interesses coletivos em sentido amplo.

A legitimidade ativa para impetração do Mandado de Segurança Coletivo compete a partido político<sup>160</sup> com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, associação ou qualquer entidade de classe, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados. Por oportuno, cumpre ressaltar que a lei não previu, mas nada obsta que o Ministério Público seja o impetrante do Mandado de Segurança Coletivo.

A legitimação das entidades de classe não desaparece se apenas parte dos seus representantes puder ser beneficiada com o Mandado de Segurança<sup>161</sup>, assim como a impetração não é condicionada à autorização de toda a classe<sup>162</sup>. Segundo Lúcia Valle Figueiredo<sup>163</sup>,

[...] na medida em que associações e sindicatos podem impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados, os partidos políticos não conhecem restrições constitucionais. [...] as restrições do texto constitucional, na principiologia constitucional e na própria razão de existência dos partidos políticos. Todavia, este não vem sendo o entendimento jurisprudencial [...]

Ademais a sentença fará coisa julgada, entretanto seus efeitos ficarão limitados aos membros do grupo ou categoria representados pelo impetrante. Não há litispendência entre o

<sup>160</sup> Discute-se a possibilidade de o partido político impetrar Mandado de Segurança para a defesa de qualquer direito coletivo, ou se a legitimidade seria para apenas defender interesse de seus filiados. O Superior Tribunal de Justiça sinaliza que falta ao partido político, a *legitimatio ad causam* para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, se este não tem por objetivo, direitos subjetivos ou interesses atinentes e afetos a finalidade partidária. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS 89.0000197-DF. Relator. Min. José de Jesus Filho. Relator do acórdão Min. Garcia Vieira, 20 Ago. 1990.)

<sup>161</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal, 14 Ago. 2007.

<sup>162</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 629 do Supremo Tribunal Federal, 14 Ago. 2007.

<sup>163</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 405.

Mandado de Segurança Coletivo e ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada somente beneficiarão os que tiverem peremptos na sua modalidade individual.

Por sua vez, o Mandado de Injunção, conforme fundamento do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, constitui-se em ação constitucional de suprimento de norma regulamentadora, cuja omissão do legislador inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Quando impetrado contra atos da Administração Pública, constitui-se em exercício de cidadania garantidor dos direitos e garantias assegurados na Constituição, tendo por pressuposto a omissão na regulação daquele dos mesmos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello “tal instituto apresenta-se como um meio de controle da inércia do Poder Público em expedir as regras necessárias, obviando obstáculos decorrente de sua omissão, quando a norma falante seja uma lei ou regulamento nela presumido”<sup>164</sup>.

A competência para processar e julgar o Mandado de Injunção ocorre em razão da entidade estatal da qual se exige a regulamentação inexistente pertence ao Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme fundamento do art. 102, I, q, da Constituição Federal de 1988.

Pelo art. 105, I, h, da Constituição Federal de 1988, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de tais ações, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta excetuada os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, além das demais competências. Por oportuno, ressalta-se que o Poder Judiciário exerce o poder regulamentar suprindo a falta, ainda que sem produzir efeitos *erga omnes*.

Prosseguindo no presente estudo, o *Habeas Corpus* é outro instrumento de controle social da Administração Pública de oposição e finalização do abuso de poder ou ilegalidade que viole a liberdade de locomoção. Mais do que mera ação judicial, é remédio constitucional instrumento de defesa do cidadão em face do Estado, conforme art. art. 5º, LXVIII, da

---

<sup>164</sup> **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 983.

Constituição Federal de 1988. Atualmente questiona-se a possibilidade de impetração por pessoa jurídica, admitida quando em favor de pessoa física, ante a impossibilidade interseção do Ministério Público em favor de terceiro, ainda que perante os Tribunais de Justiça.

Em todo caso, de uma forma ou de outra, sua impetração requer alguns pressupostos de admissibilidade, dos quais se destacam a possibilidade de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção, de corrente de ilegalidade ou abuso de poder. Por isso, ao contrário do Mandado de Segurança, possui caráter penal, em pese ser ação constitucional de natureza de pétreia, conforme art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

O *Habeas Corpus* se estende a todos os casos de violação de direitos e garantias individuais que impossibilite seu uso por abuso de poder ou uma ilegalidade. A Constituição não especificou nem definiu o rol de proteção ou de afastamento de medidas coativas ou de violência, tendo em vista que a intenção do legislador a defesa contra todo o tipo de lesão a todo e qualquer manifestação de direito. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>165</sup> entende que:

A reforma constitucional de 1926 pôs fim a essa doutrina, com a nova redação dada ao artigo 72, § 22, que restringiu a aplicação do *Habeas Corpus* à proteção do direito de locomoção: “dar-se-á o *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção”.

A acessibilidade ampla tornou-se possível pelo art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal de 1988 por sua característica de gratuidade, dada a possibilidade de impetração por qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, ainda que benefício de terceiros. Para tal é forçoso a presença de ilegalidade ou abuso de poder, seja por parte de autoridade pública, seja por parte de particular, bem como a existência de violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

Por fim, a Reclamação<sup>166</sup> é também instrumento de provocação ao controle jurisdicional da administração, mesmo que excepcionalmente, por preservar a competência e a

---

<sup>165</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 756.

<sup>166</sup> A reclamação tratada aqui não se confunde com a reclamação administrativa, que segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata-se de espécie de recurso administrativo, por tanto apreciados na esfera administrativa (*Ibidem*, p. 732.).

garantia da autoridade das decisões dos Tribunais, conforme previsão do art. 102, I, 1, e art. 105, I, f, ambos da Constituição Federal de 1988, de modo que a reclamação ao Supremo Tribunal Federal será legítima sempre que o ato ou omissão administrativa violar o enunciado de súmula vinculante, permitindo a responsabilização pessoal do agente, sobretudo quanto ao cumprimento das formalidades do procedimento licitatório e da formação e execução de todos os tipos de contrato administrativo.

Talvez, o maior obstáculo ao controle jurisdicional dos atos da administração seja a insuficiente popularização do acesso à jurisdição do Poder Judiciário, haja vista as limitações impostas pelas próprias características da estrutura eletrônica. Para Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Judson Sales de Meneses<sup>167</sup>, “a adoção da tecnologia informática na solução de conflitos pelo judiciário, como visto, é um instrumento poderoso na eliminação de ineficiências. Por consequência, favorece o efetivo acesso a ordem jurídica justa e ágil”.

A atualização e modernização do processo judicial a ponto de torna-lo eletrônico passa pela necessidade impositiva de modernização da legislação e da estrutura corporativa do Poder Judiciário, a fim de adequá-las a dinâmica do mundo globalizado e possibilitar o rompimento dos seus paradigmas. Como aponta Moreira Neto<sup>168</sup>, “A adoção da tecnologia informática na solução de conflitos pelo judiciário, como visto, é um instrumento poderoso na eliminação de ineficiências. Por consequência, favorece o efetivo acesso a ordem jurídica justa e ágil”.

### **2.3 - CONTROLE SOCIAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR**

A cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º, da Constituição Federal de 1988, conduzindo ao entendimento que o funcionamento do Estado submete-se à vontade do povo, logo, a atuação do cidadão não resume tão somente na eleição dos seus representantes, mas na atuação direta pelo uso dos instrumentos constitucionais de participação popular, como plebiscito, referendo e a iniciativa popular.

---

<sup>167</sup> **Reflexões e cautelas na implementação do processo judicial eletrônico.** Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre: HS Editora, n. 358, out. 2013, p. 50.

<sup>168</sup> **Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração negocial.** BLC - Boletim de licitação e contratos. São Paulo: NDJ – Nova Dimensão Jurídica, ano 21, nº 1, janeiro de 2008, p. 50.

Da mesma maneira, se por meio do controle institucional a sociedade submete os atos administrativos ao controle dos demais Poderes, sem caracterizar intervenção de um Poder no outro, a participação popular submete a Administração Pública ao exercício da soberania popular por garantia da Constituição Federal de 1988, em que pese, esse controle não se constituir em obrigação legal de fiscalização.

Assim, o exercício da cidadania e sua atuação na fiscalização e controle da Administração Pública foram ampliados pelas conquistas dos direitos voltados ao controle social<sup>169</sup>. A viabilização da eficiência nas atividades de fiscalização da sociedade<sup>170</sup>, com fins de salvaguarda efetiva dos interesses sociais, foi implantada Ouvidorias Públicas, para garantia da satisfação do interesse social, pela manifestação da sociedade nas ações de governança pública.

Aqui cabe fazer distinção entre controle social e participação popular, uma vez que esta não se trata de controle social, mas participação ativa no exercício do poder como manifestação da soberania popular. Já o controle social consolida-se em momentos distintos, seja pela fiscalização dos atos administrativos, ou da sua execução, neste caso específico, o procedimento e formalização do seu contrato administrativo. Tal diferenciação encontra autoridade no ensinamento de Vanderlei Siraque:<sup>171</sup>

A participação popular ocorre antes ou durante o processo de decisão da Administração Pública e o controle social ocorre após a concretização deste processo com o intuito de verificar se a norma jurídica foi concretizada pela Administração na forma estabelecida. A diferença fundamental entre participação popular e controle social é a seguinte: participação popular é partilha de poder político entre as autoridades constituídas e as pessoas estranhas ao ente estatal e o controle social é direito público subjetivo do particular, individual ou coletivamente, submeter o poder político estatal à fiscalização.

Os fundamentos jurídicos do controle social, às vezes, se confundem com os fundamentos jurídicos da participação popular, uma vez que o núcleo essencial destes direitos são a cidadania, a soberania popular e o princípio republicano.

<sup>169</sup> “A ideia do controle social está atrelada ao ressurgimento da sociedade como elemento político. No século passado, o Estado existia para colocar ordem nas sociedades humanas, tidas como desagregadas, como conjunto de interesses desarmônicos e conflitantes.” (BARBOSA, Sandra Pires. **Direito a informação e controle social da atividade econômica**. Revista de Direito Administrativo nº 225, Rio de Janeiro, Jul/Set, 2001, p. 61.)

<sup>170</sup> Para Carlos Ayres Brito, proclamar que o controle popular do poder é forma de exercício dos direitos de liberdade, ou de cidadania, é considerá-lo enquanto direito público subjetivo: isto é, um direito referido a um sujeito privado, expressamente adjetivado como indivíduo, cidadão, nacional, trabalhador, adolescente, criança (quem faz a adjetivação é a Constituição mesma), porém, com a particularidade de que o seu exercício opera às custas do Poder Público. É exprimir, direito subjetivo que tem por contraponto um específico dever estatal, uma ação ou omissão (conforme o caso) diretamente cobrável do Estado. (**Distinção entre Controle Social do poder e participação popular**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 116.)

<sup>171</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113.

Em síntese a participação popular ocorre antes e durante a fase pré-negocial seja por meio de audiência pública ou até mesmo já na formação do orçamento<sup>172</sup>, ao passo que o controle social se manifesta após a conclusão do processo, como forma de direito subjetivo de submissão da Administração Pública à fiscalização por meio do exercício da soberania popular. A legitimidade subjetiva da sociedade no exercício da participação popular ultrapassa os limites populares, tendo em vista ser possível que Ordem dos Advogados do Brasil também exerce esse controle, por ser considerada autarquia a especial, logo, pessoa jurídica de direito público que presta serviço de interesse social, entendimento este, ratificado por Carlos Ayres Brito:<sup>173</sup>

Embora tida por “autarquia especial” (logo, pessoa jurídica de direito público), a OAB é versada pela Constituição de 1988 enquanto instituição da sociedade civil, congregadora dos advogados privados. A instituição rigorosamente pública, estatal, congregadora dos advogados públicos, é a “Advocacia Geral da União”, conforme inteligência do art. 131, caput, da Lei Fundamental.

Destarte a participação popular corresponde às formas mais independentes e autônomas de organização e de atuação política dos grupos das classes populares e trabalhadoras, constituindo-se em movimentos sociais que intentam em lutar contra a subtração de seus direitos, inclusos nesse rol o próprio direito da participação popular no diálogo e negociação junto a Administração Pública.

Talvez a maior dificuldade seja a interrelação entre seus integrantes e a Administração Pública, de forma a estabelecer um diálogo para alinhamento entre os respectivos pleitos e as políticas públicas, de modo que a serem adequadas, portanto eficientes e eficazes no atendimento das respectivas necessidades. Assim, entende-se que cresce a importância da participação popular e da gestão democrática no levantamento das demandas a serem supridas pelo Poder Público, a título de fornecimento de serviços públicos eficientes, eficazes e efetivos pelas suas adequações.

<sup>172</sup> Lúcia Valle Figueiredo afirma que “a audiência pública é a publicidade, nesta entendida a possibilidade de participação ampla dos cidadãos. E de os interessados, ao fim e ao cabo, rejeitarem ou aprovarem o que tiver sido escolhido pela Administração.” (**Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 499.)

<sup>173</sup> **Distinção entre Controle Social do poder e participação popular.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 121.

Ocorre que atualmente a gestão democrática é tida como um encargo, ao invés de ser uma possibilidade de participação, ou seja, uma espécie de delegação de responsabilidade, entretanto carente de condições concretas de participação, de sorte que é preciso atentar para a necessidade de criação, simultaneamente com as condições de participação. Neste cenário a sociedade civil mantém sua participação sempre que convocada, porém com um déficit técnico considerável, a ponto de desconhecer o mérito da discussão.

Em que pese a disponibilidade da lei que garanta a possibilidade de fiscalização da execução orçamentária, em alguns casos torna-se ineficaz pela própria carência de meios para exercício da gestão democrática. Um exemplo interessante é a disponibilização da execução das contas públicas da Administração Pública Federal no Portal de Transparência<sup>174</sup>, em contraste com os baixos índices de inclusão digital. Segundo Vanderlei Siraque<sup>175</sup> “É preciso ir além do direito formal de fiscalização para que o controle tenha de fato eficácia social.”.

Não restam dúvidas quanto à evolução do nível de participação popular no questionamento dos rumos da Administração Pública, sobretudo quanto ao destino que será dado aos recursos públicos, sobretudo quanto às políticas públicas decorrentes. Os movimentos sociais trabalham com uma concepção de participação popular como espaço para consulta popular e orçamento participativo<sup>176</sup>.

<sup>174</sup> Em que pese o Portal da Transparência (<http://transparencia.gov.br/>) e a Lei de Acesso a Informação, a comunicação deficiente entre os Tribunais de Contas e a sociedade civil mostra-se como uma realidade prejudicial ao acesso às informações sobre os atos praticados pela Administração Pública, sobretudo quanto ao emprego dos recursos do orçamento, para fins de cognição pela sociedade. Contudo a problemática tem sido atenuada pela disseminação dos meios de internet, deixando ao alcance da sociedade, as informações sobre as contas públicas da administração direta e indireta da União. A reprodução das prestações contábeis das contas públicas determinou a transparência da Administração Pública na acessibilidade e conhecimento por parte da sociedade e seu controle social.

<sup>175</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

<sup>176</sup> Sandra Pires Barbosa, explica que “chamado orçamento participativo é uma forma de controle social sobre o sistema de montagem do orçamento, na medida em que pressupõem a participação de membros da sociedade no momento de estabelecer prioridades e elaborar as diretrizes orçamentárias. Vem sendo empregado com relativo sucesso em algumas localidades do país, mas pode ter seu futuro comprometido devido ao alto grau de desinformação que permeia a sociedade de uma forma geral. A outra forma de controle da atividade econômica que verificamos hoje no Brasil é a que se dá através de agências reguladoras. A estruturação da prestação de serviços público por empresas privadas, decorrente do processo de privatização brasileiro, levou o governo federal a importar o sistema de agências reguladoras, muito utilizado no direito norte-americano. O Programa Nacional de Desestatização teve como uma de suas metas reordenar a posição estratégica do Estado na Economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela pudessem ser bem executadas, de forma a permitir que a Administração se dedicasse principalmente ao atendimento das necessidades fundamentais da população. (**Direito a informação e controle social da atividade econômica**. Revista de Direito Administrativo nº 225, Rio de Janeiro, Jul/Set, 2001, p. 65.)

A Constituição Federal de 1988 assegurou a participação popular pela previsão da obrigatoriedade de conselhos nos Entes Federativos, como condição para recebimento de recursos. Contudo, a sua implementação é refutada pela sua condição acessória no processo decisório, bem como em relação à resistência a tais participações pela própria sociedade. Isto posto entende-se que a participação popular será pouco produtiva se houver carência de leis, estrutura de acesso à informação deficiente e indisponibilidade ou insuficiência orçamentária para estruturar os meios de controle, que permitam o acompanhamento, a fiscalização e a decisão sobre as políticas públicas e seus atos de gestão.

Em que pese o fomento constitucional à participação popular, sua execução real depende de mecanismos apropriados, uma vez que o pressuposto de cidadania é inerente à própria noção de democracia, capaz de construir uma sociedade mais justa e solidária. Contudo essa construção não se alicerça somente no viés social, aqui representado, mas na presença da sociedade no exercício da sua cidadania, sendo essencial sua atuação na integração das atividades estatais relacionadas à elaboração de das políticas públicas desde sua concepção orçamentária<sup>177</sup>.

A implementação do acesso aos meios de controle conduz a um estreitamento na relação Estado-sociedade pelo exercício da participação social, facilitada pelo planejamento participativo na formulação de políticas públicas por meio dos diversos atos administrativos. Vanderlei Siraque<sup>178</sup> afirma que:

O planejamento participativo ao lado do orçamento participativo é uma verdadeira revolução na formulação de políticas públicas, tendo em vista o seu caráter pedagógico e a inclusão de todos os interessados, sem exceção, na sua elaboração. Quando os cidadãos ajudam a planejar o futuro da cidade, eles estão participando, estão partilhando poder político, mas não exercendo diretamente o controle social. Exercer o controle social, neste caso, é acompanhar, fiscalizar a execução daquilo que foi planejado e transformado em normas jurídicas.

---

<sup>177</sup> “O Estatuto da Cidade reservou o capítulo IV (artigos 43, 44, 45) somente para a gestão democrática da cidade, criando órgãos colegiados de política urbana nos níveis nacional, estaduais e municipais; promovendo debates, audiências e consultas públicas, além de conferências nas diversas esferas de governo e, ainda, incentivando a iniciativa popular de projetos de leis que tenham como conteúdo, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121.)

<sup>178</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121.

Assim, muito bem assinala Carlos Ayres Brito<sup>179</sup> quando afirma que são "características proeminentes da participação popular, que introduz na democracia representativa do Brasil um elemento da chamada democracia direta, ou participativa." Tal assertiva nos conduz a concluir que a democracia no Brasil, com o aumento da participação popular, sofrerá uma alteração de *status* de representativa para democracia participativa, redimensionando o princípio constitucional da soberania popular à um patamar de maior eficiência nos efeitos da participação na governança pública.

Por sua vez, o controle social dos atos administrativos negociais viabilizará o aumento da eficiência desse acompanhamento e fiscalização pela quebra de paradigmas de ordem pessoal e estrutural no acesso às informações, sobretudo ao tornar a solução contenciosa mais rápida pela imposição de uma duração razoável na efetiva da fiscalização da gestão pública. Hoje a sociedade, ainda que forma reduzida, fortalece a cultura da reivindicação pelo aumento da sua presença no cenário político brasileiro, no contexto da relação democrática, governo-sociedade, conforme classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>180</sup>, em que a sociedade seria "um protagonista recém-chegado e muito bem-vindo de um novo diálogo político Sociedade-Estado."

Portanto, a implementação de práticas ligadas ao conceito de boa administração passa pelo exercício dessa democracia participativa<sup>181</sup> ao reconhecer suas potencialidades na promoção e estímulo à absorção de uma cultura cívica e política, capaz de gerar proximidade a um cenário de controle social eficiente das políticas públicas insertas num processo de constante desenvolvimento político e sociocultural, que por fim, altere o padrão das práticas de governança pública.

---

<sup>179</sup> **Distinção entre Controle Social do poder e participação popular.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 121.

<sup>180</sup> **Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição.** Revista de Direito Administrativo nº 211. Rio de Janeiro: Renovar, Jan-Mar de 1998, p. 2.

<sup>181</sup> O art. 1º, da Constituição Federal de 1988 é categórico ao afirmar que todo o Poder emana do povo, ora, com base na referida premissa somos induzidos a examinar sumariamente dois aspectos, o direito político de participação e avaliação da formação dos atos da Administração Pública, sob a égide dos princípios do art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988, bem como a refletir acerca da prerrogativa pública de exercício do controle sobre as decisões tomadas pelos nossos representantes eleitos para condução dos rumos da administração do Estado, sobretudo quanto ao estabelecimento de prioridades no uso dos recursos públicos.

### **3 - A EFICIÊNCIA DO CONTROLE SOCIAL**

Apesar de já termos feito alguns comentários a respeito da origem do termo controle, se faz necessário externar nosso entendimento acerca do termo controle social em sentido estrito, haja vista que o termo controle induz a ideia de dominação ou submissão ao um poder soberano e hierarquicamente superior, ou até mesmo sob a influência de uma maioria em relação a uma minoria, por força cultural, religiosa ou até mesmo econômica.

Ao voltarmos a análise do termo controle social, há de se afirmar que o controle social posiciona-se em sentido oposto a dominação, haja vista que este detém a prerrogativa de questionamento do Poder Público, a respeito de suas atos administrativo, sobretudo quanto à legalidade, moralidade e eficiência.

#### **3.1 – O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MANIFESTAÇÃO DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA**

##### **3.1.1 - O direito à boa Administração Pública como Direitos Humanos**

O conceito de direitos humanos relaciona-se com direitos que englobam ligados ao escopo da dignidade da pessoa humana, conforme ensinamento colhido de Vladimir Oliveira Silveira ao definir como "conjunto de direitos essenciais da pessoa humana e de sua dignidade"<sup>182</sup>.

Os ideais iluministas de *Liberté, Egalité e Fraternité*<sup>183</sup> guiaram os revolucionários franceses na luta contra o absolutismo ao confrontar a desigualdade social durante a Revolução

---

<sup>182</sup> **Direitos Humanos, Conceitos, Significados e Funções.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

<sup>183</sup> O ideal *Liberté*, liberdade, exerceu influência para a Primeira Geração dos Direitos Humanos; *Egalité*, Igualdade, foi muito relevante para a Segunda Geração; e *Fraternité*, fraternidade, se fez presente nos ideais da Terceira Geração dos Direitos Humanos.

Francesa de 1789. Metodologicamente, o histórico dos Direitos Humanos foi dividido em gerações ou dimensões.<sup>184</sup>

Os Direitos Humanos de Primeira Geração relacionam-se com o valor da liberdade expressos na segurança dos direitos civis e políticos do cidadão, cuja individualidade possui caráter negativo por imporem ao Estado a abstenção de práticas lesivas a tais direitos. A Segunda Geração dos Direitos Humanos, chamados de direitos sociais, econômicos e culturais, exigiu a intervenção do Estado para assegurar a tutela da liberdade do homem, sob o fundamento do Estado Social<sup>185</sup> da primeira metade do século passado. Já a Terceira Geração foi garantidora dos direitos relacionados à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e a preservação do meio ambiente, frente ao impacto das novas tecnologias, bem com pelo aumento do processo de descolonização ocorrido na segunda metade do século XX.

Em um bloco mais hodierno, a Quarta Geração dos Direitos Humanos resultaram do processo de globalização, principalmente, pela universalização do direito à democracia, à informação e aos avanços tecnológicos. Essa geração caracterizou pela busca da solução dos conflitos jurídicos da sociedade globalizada, inéditos até aquele momento. Por fim, a Quinta Geração justificou-se nos avanços tecnológicos, com ênfase nas questões relacionadas à internet e questões afins, sobretudo quanto a sua sustentabilidade social.

Cumpre ressaltar, que apesar da divisão entre as gerações supracitadas, inexiste relação de hierarquia entre elas, tendo em vista a sua interdependência e complementaridade ao longo da concreção da consolidação dos direitos adquiridos desde a Revolução Francesa, logo, a importância dos direitos de uma geração sub-rogam nos direitos das demais gerações.

A aplicabilidade desses direitos e garantias no ordenamento jurídico pátrio foi imediata, revelada pela sua inserção no art. 4º, II, da Constituição Federal de 1988, pela prevalência nas relações internacionais em que o Brasil participe, portanto, postando-se como supremo perante os demais direitos. Por sua vez, o art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988<sup>186</sup>

<sup>184</sup> Manoel Messias Peixinho; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/manoel\\_messias\\_peixinho.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf)>. Acesso em 27 Mar. 2016.

<sup>185</sup> O Constitucionalismo Social não impôs ao Estado um papel de patrocinador e garantidor da liberdade humana pelas suas ações negativas, mas de garantido da ministração dos direitos sociais prestacionais, a exemplo dos direitos ao trabalho, à saúde, à educação, direitos esses, positivados somente nas Constituições Francesas liberais de 1791 e 1973, e ampliados pela Constituição Francesa de 1948.

<sup>186</sup> Esse dispositivo foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, uma vez que outrora esses tratados, incorporados ao Direito Brasileiro, gozavam de status de supra-legalidade. Na pirâmide de Kelsin é um posicionamento teórico entre a norma constitucional e a infraconstitucional, logo, insuscetível de controle de

estabeleceu tratamento diferenciado aos tratados internacionais com ênfase nos valores relacionados aos Direitos Humanos, ao determinar que seu rito possua status de emenda constitucional. No mesmo sentido a ideia de dignidade insere-se no na ideia da natureza essencial da pessoa natural, conforme previsão do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

O Estado Democrático de Direito deve pautar suas políticas de modo a facilitar e prover o acesso à boa administração eficaz e eficiente, como expressão dos direitos fundamentais. Assim a políticas públicas devem pautar-se pela transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas<sup>187</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira<sup>188</sup> Neto entende que o princípio da boa administração é inserto no rol dos princípios gerais do direito administrativo, por tratar-se de um direito de cidadania:

A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania.

O direito à boa administração induz à ideia de conduta conduzida por padrões éticos de conduta dos gestores públicos, guiados por uma legalidade estrita que vincule, inclusive, os critérios de avaliação da oportunidade e conveniência no exercício da discricionariedade administrativa<sup>189</sup>.

Por fim as políticas públicas devem estar subordinadas ao disposto na Constituição Federal de 1988, de forma que a avaliação da conveniência decorra apreciação da oportunidade da relação custo-benefício, sobretudo pela disposição dos critérios de sustentabilidade. Implica

constitucionalidade por lei complementar, mas somente por Emenda Constitucional (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 45.)

<sup>187</sup> FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental a Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 21.

<sup>188</sup> **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 119.

<sup>189</sup> As políticas públicas e a discricionariedade administrativa, imantadas pelo direito à boa administração, passam a condição de categorias entrelaçadas, no intuito de que as prioridades constitucionais vinculantes, graças ao controle (retrospectivo e prospectivo) de benefícios líquidos, alcancem empírica compatibilidade com os elevados padrões do desenvolvimento sustentável. (FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental a Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 30.)

em dizer que essa sustentabilidade induz na preponderância de modelos sociais, ambientais e econômicos que proporcionem bem estar e melhoria da qualidade de vida à sociedade, sem causar danos às gerações futuras.

### **3.1.2-A sustentabilidade na gestão pública como condição à boa Administração Pública**

Para melhor organização didática, é conveniente mencionar os ensinamentos de Sidney Bitencourt que dividiu a sustentabilidade em dimensões<sup>190</sup>: dimensão econômica, dimensão ambiental, dimensão espacial, dimensão cultural, dimensão política, e dimensão social não mais importante que as demais, mas alvo da nossa análise mais específica. No mesmo sentido Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>191</sup> ressaltam a importância do conceito “*triple bottom line*<sup>192</sup> na manutenção da defesa do desenvolvimento sustentável em vários âmbitos da Administração Pública, e cada vez mais torna-se patente a necessidade de um ordenamento jurídico consistente com o maior nível de proteção ambiental.”

A dimensão social da sustentabilidade tem com objetivo a perseguição do equilíbrio da divisão renda de forma justa, consolidando os objetivos do art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, pela erradicação da pobreza e da marginalização, e pela redução das desigualdades sociais e regionais. A eficácia e efetividade ocorrerão pela sua integração ao escopo das políticas públicas, capazes de promover a melhoria nas condições de vida da sociedade, sobretudo pela satisfação das necessidades básicas como acesso à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, proporcionados pelos setores públicos e privados.

<sup>190</sup> **Licitações Sustentáveis - O uso do poder de compra do estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 6.

<sup>191</sup> **Contratos Administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil.** Revista de Direito Administrativo & Constitucional, São Paulo, nº 65, jul./set. 2016.

<sup>192</sup> A expressão criada por John Elkington aqui representada pela teoria dos “três P’s” (people, planet and profit) que em português significa “PPL” (pessoas, planeta e lucro). Esse conceito surge da imposição de que ser sustentável, induz em conceitos viabilidade financeira, justiça social e responsabilidade ambiental (Enter the Triple Bottom Line. In: HENRIQUES, Adrian; RICHARDSON, Julie. **The Triple Bottom Line, Does It All Add Up? Assessing the Sustainability of Business and CSR.** London; Earthscan Publications Ltd. 2004, cap. 1, p. 1-16.)

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>193</sup> entendem que “para que o meio ambiente seja levado em conta em todos os âmbitos da ação normativa, são necessárias mudanças nas atividades políticas, organizacionais e procedimentais, para que a incorporação das questões ambientais se produza o quanto antes possível.”

É de se ressaltar, ainda, que o supracitado ciclo PDCA, em verdade se traduz como uma ferramenta de gestão que permite a ampla interação com os elementos do *Triple Bottom Line*, correspondendo aos indicadores de desempenho de uma organização segundo parâmetros dos benefícios sociais, ambientais e econômicos.

Destarte a inclusão da dimensão ambiental induz na necessidade de avaliação dos reflexos no meio ambiente pela implementação de políticas públicas, controladas e fiscalizadas segundo valores da gestão da qualidade do ciclo PDCA, assunto que será detalhado na seção seguinte. A busca e incentivo à gestão da qualidade agregará eficiência, elevando os rumos da administração a um novo padrão de governança corporativa.

A governança pública relaciona-se à maneira que o ente público se organiza e oferece seus serviços públicos, ao modelo empregado na gestão dos recursos públicos, bem como à política utilizada na administração de competências dos seus recursos humanos e, por fim, a forma de divulgação das suas informações para interação com a sociedade.<sup>194</sup>

Assim, não há como negar que a ideia de governança induz ao diálogo com a sociedade e especialmente entre os Gestores Públicos, contudo, essa interação se apresenta como um obstáculo a superado no alcance da máxima integração de modo a garantir um aumento na participação popular. Aqui, desde já, vale diferenciar os conceitos de governabilidade e de governança segundo seus respectivos princípios, seguindo, para tal, o entendimento de Adriana Andrade e José Paschoal Rossetti<sup>195</sup>

As instituições políticas e as revelações impunes de corrupção são consistentes com estas avaliações. E mostram que a *questão-chave do Estado não é a governabilidade, mas de governança*. Enquanto a primeira é uma conquista

<sup>193</sup> **Contratos Administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil.** Revista de Direito Administrativo & Constitucional, São Paulo, nº 65, jul./set. 2016.

<sup>194</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA, Antônio Donizete Ferreira da. **Governança e as novas tecnologias: Principais reflexos da informatização na gestão administrativa do Poder Judiciário.** Revista de Direito. v. 2, nº 2, Jul-Dez 2016, p. 26.

<sup>195</sup> ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências.** 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010, p. 562.

circunstancial e geralmente efêmera do poder estabelecido, a segunda é uma conquista da sociedade, estrutural e duradoura. E que estará necessariamente alicerçada nos quatro princípios que definem a boa governança das corporações: *fairness, disclosure, accountability e compliance*<sup>196</sup>.

É possível perceber que a busca da eficiência, eficácia e efetividade em todas as fases das contratações públicas, relaciona-se diretamente aos desafios da sustentabilidade das políticas públicas, pela busca do incremento no alcance à sociedade, e a adequação do atendimento de suas demandas por meio de estabelecimento de um diálogo institucional e gerencial, guiado por parâmetros de governança.

### 3.2 – NOÇÕES DE EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

O conceito de eficiência liga-se à salvaguarda do direito fundamental à boa administração pública, como dever do gestor, pautando-se pela forma célere, efetiva e eficaz na busca da aplicação constante dos princípios constitucionais, como forma de manifestação da própria eficiência<sup>197</sup> das ações do administrador público.

O direito a uma gestão pública transparente e justa, que assegure a equidade no seu acesso, privilegia não somente a questão da eficiência, mas também a sua própria vinculação à lei sob o aspecto da legalidade estrita, promovendo o bem estar da sociedade e assegurando os interesses coletivos em detrimento aos interesses individuais. O Estado Democrático, na ótica de Segundo Juarez Freitas<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> A governança corporativa segue o balizamento dos seus princípios administrativos e pelos conceitos de: *disclosure* – transparéncia do ato administrativo; *fairness* – representação do ideal de justiça na gestão pública; *accountability* – disponibilidade das informações relativas à todos os atos da atividade negocial, de modo a possibilitar a prestação de contas de forma clara e precisa à sociedade; *compliance* – os atos praticados de gestão devem ser vinculados à lei, ainda que haja margem para decisões discricionárias.

<sup>197</sup> Para Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Antônio Donizete Ferreira da Silva, a “democracia, em sentido amplo e contemporâneo, cobra eficiência, eficácia, efetividade e sustentabilidade, segundo um modelo que pressupõe controle social e participação popular nas decisões, mediante, principalmente, os valores e princípios obtidos da governança corporativa” (**Governança e as novas tecnologias: Principais reflexos da informatização na gestão administrativa do Poder Judiciário**. Revista de Direito. Vol. 2, nº 2, Jul-Dez 2016, p. 19.)

<sup>198</sup> **Direito Fundamental a Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 21.

tem por compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente, eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

A eficiência se materializa quando diante da possibilidade de atuar com discricionariedade, o administrador público considera os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade na prática os atos de gestão pública, com vistas a atender ao interesse público em sua plenitude. A seu turno observar o impositivo de eficiência do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, não induz em negar a questão da eficácia<sup>199</sup>, tendo em vista a previsão no seu art. 74.

Isto posto, a partir da positivação do princípio da eficiência como base da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de suporte jurídico expresso para cobrar a efetividade no exercício de direitos sociais, como a educação, saúde e outros, os quais têm que ser garantidos pelo Estado com qualidade, conferindo ao cidadão a prerrogativa de questionamento da qualidade das obras e atividades públicas, exercidas diretamente pelo Estado ou por seus delegatários.

A celeridade se traduz pelo pronto atendimento dos interesses públicos de modo a evitar protelações que causem graves lesões ao interesse público, por exemplo, pela contratação de obra pública ou serviço essencial como forma de prevenção de hipóteses causadora de calamidade pública. É comum aos administradores públicos tentarem justificar a falta de eficiência, pela presença do excesso de carga burocrática nos processos licitatórios e de contratação de serviços e obras públicas.

A responsabilização de maneira objetiva visa à proteção do interesse público contra a eventual inércia da Administração Pública, por meio da imputação de responsabilidades independente de dolo ou culpa, quanto aos danos causados pela falta de eficiência dos seus servidores públicos. Assim, o administrador deve, sempre, procurar a solução que mais bem atenda à sociedade, de forma que a positivação deste princípio permita afirmarmos, parcialmente, que aos atos discricionários não se admite a perquirição judicial sobre sua conveniência,

---

<sup>199</sup> O ato administrativo eficaz integra o direito fundamental à boa administração Pública, já que consiste justamente em incrementar a gestão pública, de maneira que a administração escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer, em lugar de apenas fazer bem ou eficientemente aquilo que, não raro, se encontra mal concebido ou contaminado. (FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental a Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 23.)

oportunidade, eficiência ou justiça do ato, cabendo-lhe somente a análise quanto à sua estrita legalidade. Ao menos no que se refere à eficiência, este entendimento não mais é defensável, tendo em vista o corolário da boa qualidade.

O conceito de eficácia aplica-se aos serviços públicos prestados com adequação às necessidades da sociedade, alinhando à ideia da eficiência a da economicidade, deste modo, atingindo os objetivos proporcionados pela prestação de serviços de modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, e por fim, elevando a relação custo-benefício do trabalho da Administração Pública. Richard Lescure Dalf<sup>200</sup> ratifica esse entendimento quando faz algumas considerações sobre o conceito de eficiência e eficácia:

Às vezes a eficiência conduz à eficácia. Em outras organizações, eficiência e eficácia não são relacionadas. Uma organização pode ser altamente eficiente e não conseguir seus objetivos porque fabrica um produto para o qual não existe demanda. De maneira análoga, uma organização pode alcançar suas metas de lucros, mas ser ineficiente.

Um ato administrativo eficaz prioriza os fins para atingir os objetivos propostos, com foco nos aspectos externos das demandas sociais por políticas públicas insertas no contexto da boa administração pública, ao passo que a eficiência administrativa não se preocupa com os fins, mas apenas com os meios que serão utilizados nas operações de concretização do ato administrativo, logo, voltada para os aspectos internos da organização que busca implementar determinada política pública. Marcelo Douglas de Figueiredo Torres<sup>201</sup> apresentou a seguinte ideia:

Eficácia é, basicamente, a preocupação maior que o conceito revela se relaciona simplesmente com o atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal, pouco se importando com os meios e mecanismos utilizados para atingir tais objetivos. Existe claramente a preocupação com os mecanismos utilizados para obtenção do êxito da ação estatal, ou seja, é preciso buscar os meios mais econômicos e viáveis, utilizando a racionalidade econômica que busca maximizar os resultados e minimizar os custos, ou seja, fazer o melhor com menores custos, gastando com inteligência os recursos pagos pelo contribuinte.

---

<sup>200</sup> Teoria e Projetos das Organizações. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 39.

<sup>201</sup> TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 175.

Atualmente os conceitos de eficiência e eficácia foram incorporados por um terceiro conceito mais complexo, que é a efetividade aplicada à gestão pública, como forma de aferição dos resultados e da capacidade de beneficiar a população no atendimento de suas demandas, destarte, ser mais abrangente que a eficácia, quando esta sinaliza se o objetivo foi atingido da melhor forma possível, e, que a efetividade indica a presença de melhorias para a população visada.

Quanto à efetividade, segundo Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Antônio Donizete Ferreira Da Silva<sup>202</sup> “há doutrinadores que entendem ser relevante realizar sua distinção de eficácia e efetividade, de modo que se possa compreender o escopo e fundamento das normas adotadas para alcançá-la e concretizá-la sob a perspectiva administrativa.”

Por fim, os conceitos de eficiência e efetividade relacionam-se às reformas gerenciais, assim, o aumento das preocupações com questões relacionadas à melhoria da qualidade de vida da população do Estado, conduz a sobreposição da eficiência e efetividade perante aos limites da contrapartida tributária.

### **3.3 – A ATUAÇÃO SOCIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O controle social<sup>203</sup> configura-se como “forma de exercício da soberania popular”, que pode ser entendida como faculdade que torna o particular apto e legitimado, a fiscalizar todos os atos administrativos, incluindo-se os contratos administrativos, pela manifestação do direito do cidadão de fiscalizar e controlar todos os atos da Administração Pública.

Aqui cabe uma ressalva sobre o termo fiscalização e controle, haja vista que numa primeira análise, podem ser encaradas como expressões sinônimas, dada a unidade de desígnios, para impedir que o gestor público extrapole a discricionariedade conferida, ainda com desvio de finalidade ou de poder, contrariando a obrigação de vinculação à lei. Destarte o termo controlar atua em paralelo na semântica do verbo fiscalizar, conforme fundamentação contida no art. 70, da

<sup>202</sup> **Governança e as novas tecnologias: Principais reflexos da informatização na gestão administrativa do Poder Judiciário.** Revista de Direito, Governança e novas tecnologias. Volume 2, nº 2, Jul-Dez 2016, p. 18-36.

<sup>203</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 100.

Constituição Federal de 1988, pelo que estabelece que a fiscalização contábil e financeira procede-se por meio de controle interno e externo, conforme abordado anteriormente.

Por sua vez o ato de controlar remete à ideia de fiscalização das atividades da Administração Pública, principalmente quanto à condução dos atos administrativos negociais, conforme exemplo do art. 197, da Constituição Federal de 1988, pelo qual a promoção dos serviços ligados à ação da saúde, dada sua relevância, sujeitam-se à fiscalização e controle, conforme enunciados dos art. 70 a 75, da Constituição Federal de 1988 acrescidas daquelas utilizadas pela população no exercício do controle social, tais como conselhos<sup>204</sup> municipais, comitês populares de gestão da saúde pública, dos transportes, etc. Por sua vez, o Poder Público busca a mediação dos conflitos, por meio do balizamento das relações público e privado, com vistas a viabilizar ações capazes de proporcionar a melhoria das condições de qualidade de vida.

A atuação da sociedade nos atos de gestão dos agentes públicos anterior ao ato administrativo será por meio da participação popular, materializada pela gestão participativa. Já na execução da atividade negocial pela prática controle social, de modo que a via democrática será bem mais eficaz no âmbito local, dada a proximidade relativa da administração local se comparada às instâncias dos Estados e da União.

Nesse controle, o particular é que detém a incumbência de questionar o agir da Administração Pública, individualmente, coletivamente, ou por meio de organismos juridicamente<sup>205</sup> constituídos, de modo que é interessante que as pessoas sejam estranhas ao Estado, entretanto, igualmente é salutar mencionar a importância de que uma parte de seus membros sejam selecionados pela sociedade.

<sup>204</sup> Vanderlei Siraque ensina que o “vocábulo conselho suscita inúmeros significados e dúvidas. O termo conselho pode significar o verbo aconselhar (dar conselho a alguém), poderá ser uma entidade de caráter público ou privado, como um Tribunal (conselho de guerra), a reunião de membros de uma determinada família (conselho de família), a reunião dos Executivos de uma empresa (conselho de administração). Não é destes conselhos que vamos tratar neste tópico. O significado do conselho que estamos a nos referir precisa ser pactuado para não gerar confusões mentais. Os conselhos são órgãos colegiados criados pelo Estado, cuja composição e competência são determinadas pela lei que os instituiu. Assim, os conselhos poderão ser compostos apenas por agentes estatais ou incluir representantes da sociedade. Quanto à competência, os conselhos poderão ter função normativa, contenciosa, de polícia ou de planejamento e de fiscalização das políticas públicas.” (**Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.)

<sup>205</sup> “Em sentido estrito, a doutrina administrativa cunhou o conceito de cidadania administrativa, que projetada para o âmbito dos sistemas judiciais traduz-se na reorganização de suas estruturas, visando à concretização de direitos enquanto aspiração maior do sentido reformista. Dialogando com esta premissa, é de se reconhecer a presteza jurisdicional como um atributo da boa governança, não tanto como uma reiteração das dimensões materiais do direito à jurisdição célere, mas na linha adotada por Canotilho, como a explicitação das suas dimensões materiais e processuais a que o Estado se obriga cumprir e tutelar” (CALHAO, Antônio Ermanni Pedroso. **Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial**. São Paulo: LTR, 2010, p. 229.)

Por outro lado, a falta de mecanismos de controle social, assim como a ineficácia dos existentes e disponíveis provocam o desestímulo e a conformação do cidadão frente aos atos de improbidade praticados no âmbito da Administração Pública, logo, o Estado deve criar mecanismos facilitadores da comunicação com a sociedade, ampliando as opções de participação social, capazes de gerar resultados com “*accountability*<sup>206</sup>, *disclosure*, *compliance* e *fairness*”, sendo que, neste aspecto, o controle eletrônico, como o Portal da Transparência, agrega ainda a confere sustentabilidade social a esse mecanismo de controle social. Para Evely Levy<sup>207</sup>, o estudo da relação Estado-sociedade impõe a obrigação da prestação de contas, relacionando-se ao conceito de *accountability*:

O reconhecimento da necessidade de o Estado exercer o poder político mediante uma ação combinada com a sociedade civil remete ao elo de ligação entre ambos, qual seja, a *accountability*, a obrigação de prestar contas e assumir responsabilidades perante os cidadãos imposta àqueles que detêm o poder de Estado. O prestar contas, porém, deriva de explicações construídas – *accounts* – cujo significado deve ser entendido e aceito por todas as partes envolvidas para que se possa planejar e avaliar a ação coletiva.

A aplicação desses conceitos se revela como um desafio a ser vencido como condição *sine qua non* à superação dos paradigmas impostos à eficiência plena da Justiça em nosso país e, o consequente alcance das metas traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>208</sup>. Para tal, Adriana Andrade e José Pascoal Rossetti<sup>209</sup> estabelecem uma diferença entre governabilidade e governança com seus respectivos princípios:

---

<sup>206</sup> A expressão *accountability* possui vários significados, entretanto o que mais se adequa ao assunto tratado no presente estudo é o significado de responsabilidade na prestação de contas em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio. Segundo Robert D. Behn “analisando o que chamou de o “novo paradigma da Gestão Pública”, Behn sentencia que a ‘accountability democrática não é opcional; ela é uma característica essencial de qualquer abordagem para a estruturação do poder executivo’. O sistema de governo passa a ser inaceitável se ele não assegurar accountability perante os cidadãos.” (**O Novo Paradigma da Gestão Pública e a Busca da Accountability Democrática**. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, ano 49, n. 4, Out-Dez 1998, p. 6.)

<sup>207</sup> **Controle social e controle de resultados um balanço dos argumentos e da experiência recente**. Editora Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1999. p. 390.

<sup>208</sup> \_\_\_\_\_ . **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2015 publicado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 09 Nov. 2016.

<sup>209</sup> **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010, p. 562.

As instituições políticas e as revelações impunes de corrupção são consistentes com estas avaliações. E mostram que a *questão-chave do Estado não é a governabilidade, mas de governança*. Enquanto a primeira é uma conquista circunstancial e geralmente efêmera do poder estabelecido, a segunda é uma conquista da sociedade, estrutural e duradoura. E que estará necessariamente alicerçada nos quatro princípios que definem a boa governança das corporações: *fairness, disclosure, accountability e compliance*<sup>210</sup>.

O aumento da eficiência, eficácia e efetividade, segundo os conceitos já abordados, relaciona-se diretamente com essencialidade do próprio controle social ao buscar a manutenção dos requisitos de coerência do ato administrativo, de sorte que os resultados obtidos destacam-se pelo aumento da eficiência na gestão pública, materializado na satisfação do interesse público, e principalmente na aproximação entre a administração pública e os cidadãos, por meio da transparéncia, e da disponibilização das informações dos atos administrativos negociais.

Ao atingir o estágio acima, ressalta-se a importância na melhoria dos meios de comunicação entre o cidadão e Estado, pela possibilidade dos cidadãos, partidos políticos ou associações no exercício do controle social, denunciarem irregularidades ou ilegalidades perante aos órgãos de controle externo, conforme regulação do art. 74, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

A eficiência na aplicação e no uso dos recursos econômicos se alinha com a própria sustentabilidade econômica, representada pela promoção do desenvolvimento social, quando garanti o acesso da população local aos benefícios sociais proporcionados pela melhoria das políticas públicas. Neste sentido a principal consequência é o fortalecimento das instituições democráticas pela regulação das relações jurídicas que norteiam os negócios empresariais entre os diversos setores privados, e o setor público quando este integra a relação jurídica, entendimento, este, reforçado pelo posicionamento de Juarez Freitas<sup>211</sup>, onde a sustentabilidade seria diretriz vinculante introduzida pelo art. 5º, §2º, da Constituição Federal/1988.

Assim, pela busca do efetivo combate à improbidade administrativa, o Tribunal de Contas da União confere *feed-back* necessário ao controle social pela transparéncia dos atos da Administração. Em que pesem suas atribuições no combate à improbidade administrativa, o

<sup>210</sup> *disclosure* – transparéncia dos atos administrativos; *fairness* – representação do ideal de justiça na gestão pública; *accountability* – disponibilidade das informações relativas à todos os atos administrativos, de modo a possibilitar a prestação de contas de forma clara e precisa a sociedade; *compliance* – conformidade dos atos praticados, de forma vinculada à lei, ainda que haja margem para decisões discricionárias.

<sup>211</sup> **Sustentabilidade - Direito do futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 117.

controle social para ser efetivo requer a otimização de seu exercício, a fim de que o controle jurisdicional<sup>212</sup> seja provocado para se opor aos atos de desvio de poder ou finalidade, logo, torna-se imprescindível a ampliação e disponibilização desses meios à sociedade civil e dos demais órgãos de controle da Administração Pública, para que atuem como parceiros na tarefa de fiscalização da gestão pública.

Por assim entendemos e concordamos com definição de Vanderlei Siraque<sup>213</sup> sobre o conceito de controle social:

É ato realizado individual ou coletivamente pelos membros da sociedade, por meio de entidades juridicamente organizadas não, através dos diversos instrumentos jurídicos colocados à disposição da cidadania para fiscalizar, vigiar, velar, examinar, inquirir e colher informações a respeito de algo. Algo a ser controlado é o resultado do exercício da função administrativa do Estado.

Assim, o controle social da atividade administrativa submete os agentes públicos, sobretudo os ligados à condução da fase pré-negocial e negocial, a incidência do crivo social. Com toda certeza, a faculdade desse controle integra o rol dos direito e garantias individuais, muito embora não represente apenas a defesa de um direito individual, mas do direito coletivo na sua manifestação pública, logo, pode-se considerar que integram os Direitos Humanos de primeira geração, por imporem limitações à atividade administrativa do Estado na gestão do interesse público e do seu patrimônio.

Tais interesses possuem características transindividuais e indivisíveis, haja vista que sua lesão atinge toda a sociedade e não apenas um cidadão. Os instrumentos de controle permitem o acesso à íntegra do procedimento licitatório e seu decorrente contrato administrativo,

<sup>212</sup> “Sob o aspecto social, o processo judicial eletrônico é inclusivo em termos de acesso à justiça, quer por seu viés formal – ao viabilizar contornarem-se quaisquer dificuldades pessoais ou estruturais –, quer por seu viés material – ao tornar o processo, em si, mais célere e com sua duração, dessa forma, mais razoável –, possibilitando uma satisfatória prestação jurisdicional, com efetiva solução dos conflitos. Quanto ao aspecto ambiental, pode-se afirmar que o processo eletrônico é sustentável pela drástica redução do consumo e utilização dos recursos naturais e energéticos. Com isso, o terceiro aspecto de cunho financeiro tem seus ganhos de melhoria bastante evidenciados desde a economia de escala feita pelos Tribunais. Importante notar-se, todavia, que o processo judicial eletrônico, por si só, não gera eficiência com sustentabilidade sem que o fenômeno da informatização não seja difundido e culturalmente aceito pela comunidade jurídica, cuja colaboração é vital para torná-lo também efetivo”. (CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA, Antônio Donizete Ferreira da. **Governança e as novas tecnologias: Principais reflexos da informatização na gestão administrativa do Poder Judiciário**. Revista de Direito. v. 2, nº 2, Jul-Dez 2016, p. 24.)

<sup>213</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

por meio do exercício do direito de petição para busca de informação ou de certidão, configurando o exercício real do controle social, haja vista que a posse de tais documentos forma o conjunto probatório de uma eventual ilegalidade, ensejando em subsídios para o posterior pleito de anulação, se for o caso, de todo o procedimento, inclusive por meio do controle jurisdicional.

Apesar da iniciativa do exercício do controle social ser um direito individual a ser reivindicado pela via do controle jurisdicional na sua manifestação pública subjetiva, os interesses tutelados são de natureza difusa, logo, transindividuais e relacionados às circunstâncias que resultam de uma ameaça ou lesão ao interesse comum. Por tal motivo o controle social dos procedimentos licitatórios sob a ótica da legalidade, moralidade, confrontam o direito social a uma gestão pública eficiente, cuja lesão àqueles direitos é oponível por meio dos remédios constitucionais.

Por conseguinte, as distinções entre as expressões “direitos e interesses” amparam-se no ordenamento jurídico, segundo o qual os interesses ou direitos superam a esfera meramente individual, sem se constituírem necessariamente interesses públicos, pois tratam-se de interesses comuns a todos os membros da sociedade.

Os interesses difusos e coletivos são transindividuais pela transposição de suas individualidades e indivisíveis na aplicação uniforme a toda a sociedade. Os direitos difusos não têm titulares necessariamente determinados ou identificados, ao passo que os coletivos correspondem a direitos titularizados por grupos de pessoas bem definidos. Pelo acesso e pelo usufruto do bem jurídico de natureza difusa, seus titulares se unem por circunstâncias de fato, ao passo que os de natureza coletiva, essa união sempre ocorrerá a partir de uma relação jurídica comum a todos<sup>214</sup>.

O controle social destina-se a fiscalizar as decisões adotadas, de forma a verificar se foram executadas, segundo o balizamento da Constituição Federal de 1988 e suas normas infraconstitucionais, avaliando, assim, o mérito de tais atos da administração, sob o prisma da transparência (*disclosure*) prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal.

---

<sup>214</sup> “Tanto a regulamentação das atividades da Administração Federal quanto a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm notabilizado os institutos de participação. Conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, o referendo e o plebiscito são importantes referências entre nós de instrumentos concretos para a implementação do diálogo entre a Administração e a sociedade.” (BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 165.)

A grande incidência do uso constante dos meios de controle social remete à percepção de uma governança regulatória deficiente, sobretudo pelo uso deficiente dos instrumentos de transparência e consulta pública, pela prestação de contas, ineficácia dos instrumentos de transparência e consulta pública, bem como a regulação ineficaz e insuficiente.

Talvez um bom início para atingir um nível de governança regulatória eficiente, seja trabalhar o conceito de “autonomia”, por meio da melhoria na sua especificação, a fim de assegurar a independência técnica e a capacidade para exercício das funções de regulação e fiscalização que são típicas das Agências Reguladoras<sup>215</sup>.

Assim é necessário estabelecer a vinculação entre as receitas e o orçamento, bem fiscalizar o desempenho das Agências no cumprimento de metas e melhoria da qualidade da regulação, a fim de superar as restrições orçamentárias impostas pela situação conjuntural nos dias atuais. A melhoria dos instrumentos de controle social e a prestação de contas passam pela ampliação e independência de todas as Agências Reguladoras, pelo aumento da participação popular na realização de consultas e audiências públicas, pela instituição de independência das Ouvidorias em face da Diretoria em todas as Agências e, pela uniformização e ampliação das regras de transparência e prestação de contas, de modo a conferir maior verificação de conformidade (*compliance*) na gestão pública.

Talvez o maior desafio para atingir-se um nível de governança eficiente seja o sucesso na implementação de medidas que aumentem a legitimidade, a capacidade e a transparência das instituições regulatórias, conferindo à sociedade os melhores instrumentos para atendimento efetivo dos seus interesses.

No mesmo sentido impõe-se a imperiosa definição das funções, limites e responsabilidades das Agências Reguladoras, segundo os critérios da Constituição Federal de 1988, definindo claramente a extensão e os limites de suas respectivas autonomias, de modo a permitir o exercício dessa autonomia em conformidade com a autoridade e legitimidade política

---

<sup>215</sup> “A dignidade da lei deve ser preservada como condição para a existência de parâmetros de controle externos à atividade regulatória, que permitam aos cidadãos e agentes econômicos o acionamento de salvaguardas contra eventuais abusos. De outro lado, tais parâmetros ou *standards* funcionam como verdadeiras diretrizes democráticas a guiar o trabalho das agências, preordenando finalisticamente a sua atuação. O poder normativo das agências constitui uma das expressões do seu poder discricionário, que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos. Tal poder é imanentemente infralegal, salvo onde a própria Constituição de forma expressa o excepciona.” BINEMBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras independentes e a Democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 157.)

do Poder Executivo no exercício de suas funções de supervisão ministerial e na adoção de políticas públicas adequadas.

Por fim com última mediada, apresenta-se a necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de coordenação e supervisão, pela implementação da análise de impacto regulatório, como resultado de um processo de envolvimento e parceria entre as instituições de governo e da sociedade, de modo ampliando os esforços para promoção da simplificação administrativa e redução da burocracia excessiva.

### **3.4 - O CONTROLE SOCIAL EFICIENTE**

A eficácia no controle social da Administração Pública preocupa-se essencialmente com a consecução dos objetivos constitucionais e atendimento dos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, estando dessa forma, estreitamente vinculado aos aspectos do ordenamento jurídico aplicáveis à consecução de políticas públicas satisfativas às demandas sociais, de tal sorte que a fiscalização dos atos administrativos será eficaz quanto maior for o seu êxito para a consecução de uma gestão de qualidade, conforme definições de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>216</sup>, segundo o qual a “eficaz é atingir o objetivo, eficiência é atingir o objetivo da melhor maneira possível”.

A noção de efetividade supõe um compromisso real com os objetivos e demandas sociais, assim quanto maior a participação da sociedade na atividade de fiscalização, direta ou indiretamente, maior será sua efetividade e sua capacidade para responder oportunamente às necessidades daquele controle. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>217</sup> o conceito de efetividade se refere

[...] mais ao plano pragmático, podendo dar-se uma norma eficaz que não seja de fato obedecida e aplicada. Pragmaticamente, não haveria a necessidade de saber o que ocasiona as condutas conforme ou contrárias às normas; [...] a efetividade é relação de adequação entre o relato e o cometimento de uma norma, num sentido inclusivo, abarcando o nível sintático e o semântico.

---

<sup>216</sup> Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência. 1. ed. 2<sup>a</sup> tiragem Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 89.

<sup>217</sup> Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 113.

A noção de eficiência relaciona-se com a essência da racionalidade e da razoabilidade administrativa, pela valoração e adoção de meios e procedimentos aptos a obter resultados que induzam ao conceito da gestão pública de qualidade<sup>218</sup> e, sejam capazes de gerar políticas públicas eficazes. Assim, a máxima eficiência<sup>219</sup> é a própria noção de boa governança, de modo a perseguir a maximização da produção acompanhada da minimização dos desperdícios, concretizada no incremento da relação custo benefício nos atos administrativos. Neste sentido, Paulo Mundin Prazeres<sup>220</sup> define como eficácia e eficiência, respectivamente,

[...] medida do hiato que pode existir entre os resultados obtidos e as metas ou objetivos da qualidade especificados. Relaciona-se com o fazer as coisas certas, com o que deve ser feito, com o resultado do que se fez. É, em última análise, o grau com que as expectativas dos clientes são atendidas.

[...] relação entre os recursos humanos, as máquinas e o capital investido e os resultados advindos do uso desses recursos utilizados para produzir bens e serviços. Em termos financeiros, a eficiência é quantificada pela relação entre a receita e os custos mais despesas. Relaciona-se com o fazer certo, com a forma como as coisas são feitas.

---

<sup>218</sup> “A ideia central da reforma administrativa, sob a influência dos ventos da globalização, foi a de desburocratizar a máquina pública, criando condições para que a Administração pudesse prestar serviços de maior qualidade e de forma mais dinâmica aos administrados. Noutras palavras, as ideias de fundo que nortearam a aludida reforma foram as de ter uma Administração a serviço do público; uma Administração eficiente, ágil, rápida, pronta para atender adequadamente às necessidades da população, facilitando o combate à corrupção; uma Administração que preze pela economicidade, transparéncia e publicidade; uma Administração de resultados Observe-se, portanto, que antes tínhamos um modelo de Estado burocrático, de cunho racional-legal, que tinha no procedimento sua forma de operacionalização. Com a reforma administrativa de 1998, passou-se a difundir a ideia de que este modelo estaria ultrapassado e de que deveria ser substituído pelo estado gerencial, respaldado no controle social e no de resultados. Os defensores dessa teoria têm no conceito de eficiência - melhor trabalhado a partir da aludida reforma - o eixo do discurso para o desmonte das estruturas burocráticas. Todavia, é preciso registrar que, em verdade, não existe incompatibilidade entre Estado burocrático e Estado gerencial. Vem se tentando imprimir a ideia de que eficiência é sinônimo de Estado gerencial, e que é contrária ao procedimentalismo do Estado burocrático. Porém, a verdade não é bem esta. Procedimentos como o concurso público e a licitação são louváveis na medida em que proporcionam o controle da Administração pública e preservam princípios como o da isonomia e o da moralidade.” (BARBOSA, Sandra Pires. **Direito a informação e controle social da atividade econômica**. Revista de Direito Administrativo nº 225, Rio de Janeiro, Jul/Set, 2001, p. 61.)

<sup>219</sup> Pela análise da ótica jurídica, a eficiência, o princípio constitucional é imposto como dever ao gestor público pelos caminhos da legalidade estrita, tanto que Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que eficiência “é entendida como a melhor realização possível de gestão dos interesses públicos em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade e identificada com a realização otimizada das políticas públicas de derivação constitucional” (**Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração negocial**. BLC - Boletim de licitação e contratos. São Paulo, NDJ – Nova Dimensão Jurídica, ano 21, nº 1, janeiro de 2008, p. 37.)

<sup>220</sup> **Minidicionário de termos a qualidade**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 79-80.

A eficiência da sustentabilidade nas licitações e contratos administrativos se traduz pela excelência na consecução de seus objetivos, estes, integrados às dimensões da sustentabilidade, que de forma isonômica, seja capaz de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme critérios de máxima objetividade e relevantes custos-benefícios sociais, ambiental, econômicos, políticos e espaciais. Juarez Freitas<sup>221</sup> afirma com relação à sustentabilidade administrativa “que a maior novidade radica justamente na perspectiva de que o Estado existe em propiciar as condições estruturais para o bem estar das gerações presentes sem sacrificar o bem estar das gerações futuras.”

O questionamento central e desafiador é mensurar os benefícios da eficiência da sustentabilidade nas licitações e nos contratos administrativos<sup>222</sup> como prática de boa administração pública. A relação jurídica entre a Administração Pública e o setor privado abordada na seção 1, orienta-se, dentre outros, em critérios de isonomia, garantindo a livre concorrência, salvo nos casos de licitação dispensada, dispensável e inexigibilidade, previstos nos art. 17, 24 e 25, da Lei nº 8.666/93.

A observância dos princípios constitucionais norteadores da administração pública e o fiel cumprimento da norma jurídica, tem como resultado o emprego eficiente e eficaz dos recursos públicos, principalmente na condução dos certames licitatórios e na celebração dos contratos administrativos, com vista a proporcionar políticas públicas alinhadas aos preceitos da boa administração. Juarez Freitas definiu política pública como<sup>223</sup>,

[...] autênticos programas de estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar com hierarquizações fundamentais, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

---

<sup>221</sup> **Sustentabilidade - Direito do futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 265.

<sup>222</sup> A análise de viabilidade do processo licitatório é o principal requisito de eficiência e eficácia administrativa, segundo o qual algumas questões devem ser avaliadas, assim como a avaliação dos custos justificam os seus benefícios diretos e indiretos para a administração pública. Outro ponto de avaliação relaciona-se com a seleção da proposta na fase pré-negocial, e se há atendimento aos requisitos de todas as dimensões da sustentabilidade<sup>222</sup>. Finalmente, como último ponto a ser avaliado, insere-se no ato da celebração do contrato administrativo e sua execução, sobretudo nas questões acessórias, como logística reversa, geração de empregos e renda, integração nacional e ações sociais, sobretudo na promoção da educação e cultura, etc.

<sup>223</sup> **O Direito fundamental à boa administração pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32.

O conceito de boa administração nos conduz a ideia de eficiência na gestão pública, da mesma forma que seu conceito tem ligação íntima com o princípio de sustentabilidade, haja vista a sua razão motivadora, sobretudo quanto ao controle e regulação dos bens públicos resultantes de tais políticas públicas, com vista a sua conservação para as gerações futuras, refletindo na economia de recursos no longo prazo, e, principalmente, em políticas públicas<sup>224</sup> de saúde, educação e recuperação do meio ambiente. Ante a negligência do presente, a expressão conservação reflete na demanda futura no sentido de que será necessário agir para recuperar estruturas, ao invés de reinvestir em novas.

A importância da necessidade da eficiência e da eficácia econômica dos contratos administrativos traduzem os resultados que subsidiarão a promoção de Políticas Públicas capazes de melhorar o bem-estar social para consecução dos objetivos fundamentais do art. 3º, da Constituição Federal de 1988. A popularização dos meios de controle social apresenta-se como forma de fiscalização e controle da condução do contrato administrativo em todas as suas fases, sobretudo quanto aos limites da discricionariedade conferida ao agente público.

É cediço que o ato de licitar é discricionário<sup>225</sup>, que segundo critérios de oportunidade e conveniência, a Administração Pública decide ou não pelo início da atividade negocial até o exaurimento contrato administrativo. A previsão de recursos na Lei Orçamentária Anual<sup>226</sup> e sua disponibilização coadunam-se com o requisito da oportunidade, assim como a decisão de iniciar o procedimento, se justifica na conveniência identificada pela Administração Pública em definir a destinação correta daquele numerário.

Deste modo a observância do exposto, possibilita implementar políticas públicas de forma eficiente e sustentável alinhada com a definição e com os requisitos da boa administração,

<sup>224</sup> Maria Paula Dallari Bucci defende que “a função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima- se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais. Mas esse raciocínio não basta para explicar as demais políticas públicas, como a política industrial, a política de energia, a política de transportes e outras, que não se fundam na realização imediata de direitos sociais. Vistas como políticas setoriais inseridas numa política de desenvolvimento, essas têm, como fundamento, o próprio conceito de desenvolvimento” [...] (**Políticas públicas e o direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 34 n. 133. jan/mar, 1997, p. 90.)

<sup>225</sup> Lúcia Valle Figueiredo relaciona a eficiência o conceito de poder discricionário quando acrescenta que [...] “Agir com eficiência significa contemplar todas as possibilidades de obter o melhor contrato, a melhor decisão (sobretudo legítima, por obter o consenso dos administrados), possibilitando, sem dúvida que se discutam amplamente os modelos e que, ademais, tais modelos possam estar estribados em fortes elementos de convicção, e nunca dependerem das escolhas discricionárias sem limites – portanto, até arbitrárias – da Administração, sem peias ou amarras” (**Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 504.)

<sup>226</sup> Lei Orçamentária Anual (LOA) - Meio pelo qual o governo define as prioridades contidas no Plano Plurianual e as metas que deverão ser atingidas no ano considerado.

traduzindo-se em benefícios para a sociedade. Juarez Freitas<sup>227</sup> acrescenta ao afirmar que “uma regulação sustentável, alinhada com a boa administração como direito fundamental, deve esta alerta, criticamente, quanto aos próprios enviesamentos, por mais neutra que pretenda ser.”

Valores relacionados à ética e moral devem possuir íntima afinidade com os atos administrativos contratuais, principalmente quanto ao dever de probidade do agente público e sua vinculação aos princípios gerais do Direito Administrativo, como condição *sine qua non* para uma boa administração pública. A moralidade administrativa, com seu subprincípio da boa-fé objetiva administrativa, se faz presente como um conjunto de regras de conduta que balizam a motivação não apenas dos atos privados, mas principalmente dos administrativos contratuais, disciplinando o agente público, ou quem lhe faça às vezes, em todas as suas ações na relação jurídica.

Sua vinculação à lei não é suficiente, pois muitas vezes a legalidade cumprida em sua literalidade não afasta a ilicitude por ausência de proteção à moralidade e à ética, ou seja, um ato pode possuir legalidade estrita, mas não ser justo ou moralmente aceito. Neste momento, surge a dúvida acerca da própria legalidade do ato, por contrariar princípio constitucional.

Assim, as partes devem conservar o princípio da boa-fé objetiva em todas as fases do procedimento licitatório, promovendo a moralidade administrativa, inclusive nos contratos administrativos decorrentes. Quando o setor privado se furtar ao dever de probidade e boa-fé, causa dano ao erário e impede o exercício racional da boa administração pública, portanto prosseguindo a margem dos seus princípios basilares e, consequentemente afastando-se das práticas da boa administração.

Ressalta-se em última análise, que uma boa administração pública, como forma de exercício do direito fundamental orientado pela boa-fé objetiva administrativa, contribui para o desenvolvimento sustentável<sup>228</sup>, resultando em políticas públicas eficiente, eficazes e efetivas.

É necessário observar, que apesar de todo esse complexo processo de positivação em busca da eficiência e da eficácia social, ou seja, da verificação prática e efetiva dos fins

<sup>227</sup> **Direito Fundamental a Boa Administração Pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 148.

<sup>228</sup> Para Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas O contrato administrativo, com isso, é observado como um instituto jurídico capaz de viabilizar o próprio Estado sustentável dos tempos atuais, cada vez mais prestador de serviços por excelência, cuja qualidade exigida deve primar pela máxima eficiência, segundo valores regulatórios de governança corporativa desenvolvidos pelas Ciências da Administração e Economia, e adaptados para o Direito Administrativo [...] (**Contratos Administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil.** Revista de Direito Administrativo & Constitucional, São Paulo, nº 65, jul./set. 2016.)

alicerçados na norma jurídica, sempre há uma possibilidade, uma potencialidade que somente interessa à Sociologia Jurídica. A eficiência da sustentabilidade socioeconômica nas licitações e contratos administrativos deve se traduzir pela excelência na consecução de seus objetivos, integrados ao fornecimento de políticas públicas dimensionadas as demandas sociais, e promovidas isonomicamente e de forma geral a sociedade.

Com já citado anteriormente, o questionamento central é mensurar o grau de eficiência dos meios de controle social das licitações e contratos administrativos avaliados como prática de boa administração pública. Ora se controle social é a essência da participação da sociedade no acompanhamento e verificação das ações da gestão pública para execução de políticas públicas, de modo a avaliar a adequação dos seus resultados sobre o prisma da sua eficiência e eficácia, bem como coibir crimes de responsabilidade contra a Administração Pública.

Conforme visto até o presente momento, o controle social é o resumo de uma ação conjunta envolvendo o Poder Público, por seus instrumentos de controle abordados anteriormente, e a sociedade como componente central da estrutura de controle, que pela concorrência de responsabilidades e prerrogativas, aumenta o nível da eficácia e a efetividade das políticas públicas subsidiadas pelos serviços prestados de maneira direta ou indireta pelo Poder Público.

A participação da sociedade na execução do controle social da administração pública, de certa forma, se confunde com os próprios controles do Poder Público. Nossa ordenamento jurídico, conforme já visto, possibilita várias formas de manifestação de controle, mostrando enorme potencial para tornar-se instrumento efetivo, dado que não sofre limitação de pessoal pela possibilidade de estar em todos os locais simultaneamente, além da sua independência sob o viés administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>229</sup> reafirma a ideia central acima, ao se manifestar quanto à eficácia do controle social:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com esta finalidade. É esse, provavelmente, é o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

---

<sup>229</sup> **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 724.

Por outro lado a inexistência de tais instrumentos de controle social ou a ineficácia dos existentes conduz ao descrédito e desestímulo ao exercício da soberania popular, principalmente, ante aos atos de má gestão praticados pelos gestores públicos. Apesar de ser o foco da fiscalização, o Poder Público pode e deve ampliar os espaços de expressão e canais de participação, de forma a viabilizar tais interesses sociais dos cidadãos. Tal incremento surge da implantação das ações nos diversos âmbitos da Administração Pública, com destaque para as ouvidorias públicas, que permitem a manifestação social sobre a atuação do Poder Público.

Além do exposto, a ampliação do controle social, de forma a responsabilizar os agentes públicos pelos atos de improbidade, além de buscar maior transparência nos atos administrativos, são essenciais para a construção e para o fortalecimento dos ideais democráticos, vinculando-se aos impositivos do combate às diversas formas de desvio de poder e finalidade na gestão pública. O controle social se reforça perante a gestão pública pela quebra dos paradigmas perante aos próprios administradores públicos e diante da população, pela formulação, implementação e monitoramento eficaz, eficiente e efetivo das políticas públicas, por meio do incremento à transparência.

Atualmente, a eficiência dos meios de controle, sobretudo o social, mostra um Estado mais disposto a dialogar e atender os anseios da sociedade no combate à corrupção, representada aqui, por uma sociedade mais engajada na busca da solução de tais problemas.

### **3.5 - LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL E SEUS PARADIGMAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O controle social eficiente e eficaz, capaz de produzir resultados relacionados à oferta de serviços públicos e políticas são consequências de uma boa administração pública, todavia nem sempre esse cenário é tão favorável, em razão dos diversos fatores de ordem política, cultural e jurídico aptos a se oporem à realização concreta fiscalização e acompanhamento das atividades da Administração Pública.

Por óbvio, a atual cultura e a política contribuem para a desagregação da sociedade, criando condições para o aumento das desigualdades econômicas e sua exclusão social, trazendo atrelada a falta de discernimento político, aumento dos índices de violência e do crime

organizado, confrontando a própria essência princípio da isonomia. Igualmente relevante, a desarticulação da soberania popular, conforme vimos anteriormente, prejudica a execução do controle social da Administração Pública, e indiretamente a promoção da democracia e da dignidade da pessoa humana.

Por assim permanecer, tais práticas posicionam os cidadãos e a Administração Pública em relação de subordinação autoritária, de maneira inconstitucional, uma vez que a sociedade é a própria razão de ser da Administração Pública no contexto do Estado Democrático de Direito, por fundamentação nas regras e nos princípios constitucionais, especialmente o democrático, o da cidadania, da dignidade da pessoa humana, além dos presentes no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Algumas práticas traduzidas por fatores políticos jurídicos e até mesmo culturais opõem-se à participação popular e ao controle social previstos em lei<sup>230</sup>, a exemplo do clientelismo, tráfico de influência, dificuldade de acesso ao Poder Judiciário, dificuldade na obtenção de informações e falta de interesse no exercício do próprio controle social. Juarez Freitas Juarez<sup>231</sup> afirma que a relação entre a sustentabilidade e o contexto pragmático atual relacionado a esses políticos, inviabilizam a concretização do princípio constitucional da sustentabilidade.

O clientelismo político remonta aos primórdios da República no Brasil, mais precisamente a época da “República do Café com Leite” (até a década de 30 do século XX, os políticos de São Paulo e Minas Gerais se alternavam na chefia do governo federal), prática esta comum até os dias atuais, por meio da utilização dos órgãos da Administração Pública com o intuito de prestar serviços a um seleto grupo de privilegiados em detrimento da sociedade, por meio agentes políticos, servidores públicos e ocupantes de cargos de confiança e cargo em comissão.

Importante ressaltar, que o adjetivo “privilegiado” não se atribui a pessoas das elites sociais, mas a minoria de um determinado grupo social, muitas vezes abaixo da linha de pobreza,

<sup>230</sup> Segundo Lucia Valle Figueiredo na Lei nº 8.666/93 há vários dispositivos consignadores da participação popular, Isto porque a lei foi editada no clima da Constituição Federal, que consagrou, às abertas, a participação popular no controle da Administração Pública como forma de exercício da cidadania, contudo no art. 39 que se encontra o ápice da participação popular, quando determina a lei, a necessidade de audiência pública para licitações de grande vulto, ali definidas. A autora ainda acrescentou que não apenas a Lei de Licitações, mas várias outras leis trouxeram a obrigatoriedade da audiência pública como parte necessária do procedimento, como as Leis de Processo Administrativo, a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto das Cidades. (**Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 494.)

<sup>231</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito do futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 175.

logo ávidos por qualquer benefício social, logo, mais suscetível ao aliciamento do clientelismo e do assistencialismo político<sup>232</sup>.

Destarte tais pessoas são, em verdade, quem mais precisam de políticas eficientes e de gratuidade na prestação de serviços públicos, logo, o clientelismo ocorre dentro grupo social, se revelando como prática constitucional, por contrariar os princípios já vistos neste trabalho, sobretudo quanto à igualdade e a imparcialidade, cujas discriminações constitucionais se carentes de autorização da Constituição. Segundo Vanderlei Siraque<sup>233</sup> clientelismo “trata-se da utilização de órgão da Administração Pública com a finalidade de prestar serviços a alguns privilegiados em detrimento da grande maioria da população, por meio de intermediários”.

Essa concessão a pessoas ou grupos, em detrimento das demais enquadradas nas mesmas condições, bem como a negativa extensiva às pessoas em detrimento de outras pessoas que receberam as benesses do grupo anterior é, sem dúvidas, ato constitucional que afronta o princípio da isonomia. A declaração de constitucionalidade encontra fundamento no exercício do controle social, além das mudanças dos paradigmas abordados no início deste tópico.

É forçoso que a Administração Pública aja em todo tempo, orientada por critérios de imparcialidade em relação aos seus destinatários, de modo que a preterição de um cidadão com vistas a privilegiar outro cidadão ou grupo social fere os objetivos da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, pelo qual a promoção do bem comum a todos sem quaisquer outras formas de discriminação não é uma opção, mas uma obrigação constitucional.

Por óbvio, é certo que as necessidades sempre serão superiores as disponibilidades<sup>234</sup>, destarte, se exemplificarmos exercício ao direito à saúde frente ao direito à educação, não se trata de priorizar a atividade, mas o bem tutelado a cada atividade, haja vista que a negligência diante da área da saúde pública pode causar muitas mortes, se comparada à perda de tempo ou a morte intelectual, no caso da educação e cultura, por essa razão o desespero conduz os familiares a procurarem ajuda, a fim de agilizar os respectivos atendimentos pelo acesso a saúde pública ou a uma educação de qualidade.

<sup>232</sup> SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2005, p. 144.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 149.

Para tal negam princípios fundamentais se submetendo a políticos que possuem meios para implementar tais práticas e serem, equivocadamente, eternamente lembrados por tais pessoas, numa relação de gratidão indevida, distinguindo-se da solidariedade. Para fins de padronização entendemos a solidariedade como prática de auxílio mútuo, de modo a interligar reciprocamente pessoas, colocando-se em estado de prontidão aptas a enfrentar qualquer dificuldade.

É evidente que não se deve generalizar e confundir clientelismo com solidariedade. A solidariedade é um gesto nobreza, humanidade, e muitas vezes altruísta, que todos os indivíduos devem cultivar, não induzindo em posse em cargo público, tão pouco em *marketing* político, propaganda enganosa, e principalmente desvio de poder de quem o pratica em detrimento da grande maioria dos necessitados.

A inércia da solução de tais problemas decorre de uma demagogia falaciosa somada ao clientelismo político, substituindo e desfocando da verdadeira essência das funções públicas. A alteração cultural não é uma opção, mas obrigação, de forma a imperar a ideologia de que boa Administração Pública é aquela que se propõe a executar políticas públicas eficientes, eficazes e efetivas das diversas áreas sociais, de educação e saúde, com vista a locupletar as demandas sociais. A prática do clientelismo estabelece amarras políticas aos beneficiados, por meio das custas ao erário público. Juarez Freitas entende que boa administração<sup>235</sup>,

[...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas [...]

Ressalta-se que a maior gravidade está na necessidade do bom relacionamento com o Poder Executivo em troca de favores junto ao Poder Legislativo, de modo a tornar a fiscalização ineficiente, levando, por conseguinte, à ausência de políticas públicas nas áreas sociais, como saúde e educação, e por assim permanecerem, as corriqueiras irregularidades nos contratos públicos, compras e obras públicas superfaturadas e prestação de serviços públicos deficientes. Em que pese a incidência do controle social, a falta de fiscalização institucional dos atos da Administração Pública conduz a prejuízos relevantes e danosos para a coletividade.

---

<sup>235</sup> **Direito Fundamental a Boa Administração Pública.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 21.

Os clientelistas em verdade se fortalecem na falta de sustentabilidade social dos atos da Administração Pública, sobretudo na promoção da miséria social, política, espiritual e cultural da sociedade. Para esses agentes quanto maior o nível de ignorância intelectual da população, mais simples será a condução do pensamento político e social, logo, não há interesse em estabelecerem-se políticas de educação por assim, viabilizar um curral eleitoral e, como Vanderlei Siraque<sup>236</sup> muito bem assinala, “o clientelismo te a finalidade de amarrar politicamente o beneficiário.”

Talvez a combate ao clientelismo político seja viável pela desburocratização da Administração Pública, bem como o incremento aos mecanismos de transparência dos seus atos, sobretudo pelo aumento dos níveis de inclusão digital nas regiões com menores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), complementada pela prestação de informações coerentes aos cidadãos, divulgando serviços públicos existentes, e definindo critérios democráticos para a utilização dos espaços e serviços públicos<sup>237</sup>.

Outro ponto relevante é a qualificação e requalificação dos servidores públicos, implantando a ideia de servir a comunidade e não apenas serem detentores da gestão pública, e ainda, a reestruturação da organização da gestão pública, com vistas a dotar os serviços públicos de celeridade, eficiência, eficácia e efetividade, eliminando-se os entraves da burocracia excessiva.

Sob o ponto de vista do controle social faz- se necessária a conscientização e a organização da comunidade, por meio de canais de participação popular nas decisões e discussões do orçamento público, acerca do estabelecimento das prioridades e do planejamento participativo. Não podemos nos furtar, a citação da importância das Audiências Públicas na execução de alguns atos administrativos<sup>238</sup>, bem com na prestação de contas dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, da inserção de debates públicos de temas ligados aos problemas da comunidade, e por fim da necessidade de políticas públicas integradas à inclusão social, insertas no contexto da governança eficiente.

<sup>236</sup> Controle Social da Função Administrativa do Estado. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2005, p. 150.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>238</sup> A importância da audiência pública em alguns atos é tamanha que para Lúcia Valle Figueiredo “a audiência pública, se não efetuada, quando ocorrente o pressuposto descrito na norma, invalida a licitação. E, se assim é, poder-se-ia questionar se o resultado dessa audiência seria ou não vinculante ao administrador. Apesar de obrigatória, não é vinculante, consoante se nos afigura, por ausência de determinação legal para tal fim.” (**Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 496.)

O tráfico de influências tem estreita semelhança com o conluio de empresas ou grupo de pessoas, por exemplo, que anseiam uma regulamentação ou desregulamentação específica, em regra contrária ao interesse público, ou ainda, com intenção de fraudar licitações e contratos administrativos, ou figurar como concessionária de prestação de serviços públicos, a fim de prestar serviços onerosos e de baixa qualidade para a sociedade.

Colhendo os ensinamentos de Vanderlei Siraque, é cediço que o tráfico de influências ocorre nas três esferas de Poder, a exemplo das diversas operações conduzidas pela Polícia Judiciária Federal no combate a corrupção e ao aparelhamento da administração, bem como a agitação dos movimentos sociais em conjunto com os meios midiáticos<sup>239</sup>.

Aqui cabe uma distinção em relação ao clientelismo, onde os envolvidos geralmente são de baixa renda e carentes de serviços públicos, ao passo que no tráfico de influências as ações são arquitetadas por meio do Poder Público, com vista a beneficiar, normalmente, os integrantes de classes mais abastadas em sacrifício do interesse público e daquela classe social mais carente. Segundo Vanderlei Siraque essa prática não é feita apenas por convicção política ou ideológica, mas por dinheiro, fins pessoais ou para campanhas políticas, de modo que ou se adota essa prática, ou não haverá financiamento para a campanha eleitoral subsequente<sup>240</sup>.

Por tal motivo o próprio sistema fica comprometido, haja vista as boas intenções dos agentes políticos ficam sufocadas, pelas amarras de outrora, de modo que quando entra em conflito como a ideologia central, é denunciado pelas próprias pessoas que se beneficiaram dos seus atos de influência. Pelo exposto, o clientelismo político é perverso, por alimentar o inexaurível estado de miséria humana, a despolitização, a inconsciência dos direitos de cidadania e das garantias constitucionais.

Certamente, os meios de controle da administração deveriam perseguir os corruptores e corrompidos, entretanto o financiamento da campanha eleitoral é muito convincente, de sorte que ou se financia quem está no governo ou financiam a oposição para derrubar o governo. Um exemplo muito adequado são as Concessionárias das vias públicas, que em regra recebem rodovias em condições de uso, com incumbência de apenas instalar cabines de pedágios, de modo que no momento da contrapartida da tarifa, ao invés de realizar a manutenção necessária, pleiteiam aumento de tarifas. Ora, em verdade trata-se de questão a ser apreciada sobre os

<sup>239</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2005, p. 153.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 154.

prismas da transparência, da investigação, da fiscalização constante e, principalmente do uso dos instrumentos de controle social.

Pode-se inferir que uma boa fiscalização é imprescindível, senão necessária, haja vista os impositivos de publicidade dos atos da Administração Pública direta, indireta ou entidades privadas no exercício da função pública, excetuadas os casos determinados por lei. A fiscalização não pode depender da vontade de quem será fiscalizado, mas da vontade política a permitir fiscalizar quem se deseja, seja o Poder Legislativo, sejam as autoridades que detêm a função de controle interno e externo do Poder Executivo.

As propostas para combater o tráfico de influências, praticamente, se repetem na repressão ao clientelismo e ao assistencialismo político, de forma que para a promoção da gestão participativa é essencial que haja incremento especialmente na educação e na cultura da politização, de modo a organizar o interesse público na exigência de transparência na gestão pública e na luta pela aplicação da Constituição pela via do Estado Democrático de Direito.

Semelhantemente, o assistencialismo ou paternalismo contribui de forma negativa para impedir a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, e das demais garantias individuais e coletivas por meio da oferta de políticas públicas de combate à pobreza e redução das desigualdades. O assistencialismo encara o cidadão desrido da sua dignidade, que requer manifestação de caridade de forma episódica, na forma de paternalismo assistencialista. Fazendo uma metáfora, é fornecer o peixe, sem fornecer a vara para a pesca, bem como os conhecimentos das técnicas da pescaria. Em verdade a ajuda não cria condições objetivas para a mudança da condição social em questão, promovendo a inclusão social, o acesso às garantias constitucionais, bem como a inserção no contexto da plena democracia.

Em verdade, trata-se da exclusão em todos os seus aspectos, dos desprovidos de bens materiais, de educação e informação, e do interesse pelos Direitos Humanos Fundamentais da 1ª (primeira) geração. Tal prática não é algo formalmente ilegal, mais dotado de imoralidade ou da ética política, todavia tais conceitos impedem que os agentes da Administração Pública cometam ilegalidades com o fito de atingirem a consecução dos seus respectivos objetivos políticos.

A prática do assistencialismo caracteriza-se pela ajuda para desencargo de consciência, sem, no entanto, criar condições objetivas para melhorar a condição de vida do

cidadão. Vanderlei Siraque<sup>241</sup> afirma que “o assistencialismo puro e simples não leva a inclusão social do ser humano nem à aplicação das garantias constitucionais e à democracia plena”.

Portanto, numa análise mais aprofundada, é fácil perceber que os assistencialistas cometem diversas ilegalidades contra o interesse público, além de não promoverem a dignidade da pessoa humana e a cidadania, princípios que fundamentam nossa República. Um exemplo bem elucidativo é o caso do envio de cestas básicas a um grupo social carente, bem como utilizar dinheiro público para construção de poços artesianos em suas fazendas, a fim de combater a seca pela distribuição gratuita de água para a comunidade, sendo rotulados como salvadores da pátria.

Ocorre que em verdade tais beneplácitos se dão pelo emprego dos recursos públicos mediante a ignorância dos seus administrados. O mesmo ocorre no superfaturamento de contratos de concessão de aeroportos regionais com vistas a obter favorecimento pessoal de sua propriedade, e principalmente receber o título de uma competência que não possui.

Apesar da aparente contradição de tal medida, não é a assistência que deixa de ser uma dádiva para ser um direito público subjetivo, mas o resultado dessa inclusão social, de sorte que tais grupos sociais não ficarão sob a influência assistencialista, mas a garantia de um direito líquido e certo. Assim, os administradores públicos de todas as esferas de Poder têm o dever de caminhar no sentido de fazer cumprir os objetivos previstos na Constituição Federal de 1988.

As diversidades de linhas de ação que podem ser adotadas por cada ente da Administração Pública, bem como os objetivos a serem atingidos estão muito bem definidas, cuja obrigatoriedade coopta os administradores públicos a prosseguirem no mesmo sentido, caminhos estes inseridos segundo critérios de discricionariedade, ao contrário de tais objetivos que os vinculam a lei.

O Poder Judiciário, talvez por razões funcionais e estruturantes, seja o integrante mais isolado dentre os três Poderes, logo mais distante da sociedade, o que não implica que suas audiências e julgamentos não sejam públicos. Segundo Vanderlei Siraque<sup>242</sup>, “o Poder Judiciário é visto por grande parcela da população, como um sistema voltado apenas para atender aos interesses de pequenos grupos pessoais, apesar da garantia constitucional da infastabilidade da jurisdição.”

---

<sup>241</sup> **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 162.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 169.

Questiona-se a eficácia e eficiência deste princípio, em face da necessidade da contratação um advogado, além da imposição de despesas e custas judiciais para exercício deste direito. Se o acesso à jurisdição é mais que um Direito Público subjetivo e fundamental da pessoa humana, para a maioria da população é apenas uma formalidade, sem efetividade e eficácia no controle social. Ressalta-se que o acesso não implica em direito de inafastabilidade da função jurisdicional do Estado, entretanto tal acesso tem sido ampliado e aos poucos, os cidadãos têm sido contemplados pelo Poder Judiciário na garantia dos seus direitos.

Contudo, essa ampliação do acesso, as ações para a defesa do patrimônio público ou para a garantia de direitos às informações de interesse coletivo, promovidas individualmente, ainda são raras. Quem tem promovido essas ações, até por dever de ofício, é o Ministério Público pelo fato de que a restrição desses direitos dificulta e impede o exercício do controle social dos atos da Administração Pública pela própria dificuldade de acesso ao Poder Judiciário, o que por consequente torna tal controle ineficiente.

As Defensorias Públicas deveriam ser prioridade de todos aqueles que promovem a cidadania, uma vez que o próprio princípio da isonomia se materializa na igualdade de acesso à assistência judiciária gratuita àquelas pessoas que dela necessitam para defender seus direitos até mesmo em sede de controle jurisdicional. A novidade seria sua utilização para a fiscalização dos atos da Administração Pública, o que contribuiria sensivelmente para o exercício do Direito Público subjetivo do controle social dos atos de gestão pública, sobretudo em seus contratos de concessão de serviços públicos, uma vez que por maior que seja o engajamento cívico, o cidadão não tem a obrigação de gastar recurso próprio para custeio de uma ação que beneficiará a sociedade, ainda que tenha interesse próprio envolvido.

Em que pesem as informações de interesse público figurar como direitos públicos de todos os cidadãos, ainda há dificuldades para obtenção das mesmas perante aos órgãos públicos. Talvez tais dificuldades resultem da falta de cultura cívica, tanto da sociedade quanto dos servidores públicos que se negam a fornecer informações, procedendo como se todas as atividades da Administração Pública não fossem dotadas de impositivos da publicidade.

Os obstáculos para a obtenção de informações de interesse pessoal ou coletivo junto aos órgãos públicos limitam o Direito Público subjetivo de exercício do controle social dos atos das funções administrativas de todos os Poderes. A maioria da sociedade acredita que para o exercício da fiscalização social dos atos da Administração Pública, é necessário ser uma espécie

de perturbador da ordem pública, pois a fiscalização é vista como um espírito de vingança, ao invés de um direito de cidadania.

Vanderlei Siraque<sup>243</sup>, afirma que “a verdade é que, geralmente, os cidadãos acreditam que a participação é muito desagradável”, além de manifestar receio de se envolver nas questões políticas e ideológicas das organizações públicas e privadas de interesse público, que carecentes de espírito público, cívico e de cidadania ativa, não conhecem seus direitos, de forma a acreditar que a corrupção é inerente à atividade política.

A solução para esta questão é complexa, assim não acredita-se que a concretização da participação popular e do controle social terá solução por Decreto ou somente pela vontade política dos agentes da Administração Pública. É um processo que contém fases de curto, médio e longo prazo, e que pressupõe o envolvimento das pessoas que desejam uma sociedade crítica e consciente dos seus direitos e deveres.

Uma das funções dos agentes públicos é a abertura de canais de participação popular e controle social, por meio da facilitação de acesso às informações, às técnicas de controle da execução orçamentária, por exemplo, e a manifestação da vontade política de partilhar o poder político estatal e a transparência dos seus atos, o que jamais será uma dádiva da Administração Pública, mas uma conquista da soberania popular.

---

<sup>243</sup> Controle Social da Função Administrativa do Estado. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 174.

## CONCLUSÃO

O controle da gestão pública é fundamental para a sociedade, de modo que a fiscalização dos atos administrativos pelos meios de controle, em especial o social, será eficiente se a cultura da fiscalização se fortalecer no âmbito da sociedade. Nesse contexto é fundamental o combate aos atos de improbidade, evitando as lesões ao patrimônio público, caracterizadas pelo prejuízo e dano ao erário, derivado de ilegalidade praticada no âmbito da Administração Pública.

Cabe à sociedade exercer o controle social, não somente sobre os atos dos agentes públicos, mas também no acompanhamento da apuração dos atos de irregularidades ou de improbidades no âmbito do controle institucional, seja jurisdicional, legislativo ou administrativo, por intermédio dos meios de transparência ou pela publicidade de procedimentos de apuração. A ação conjunta dos diversos atores políticos e sociais envolvidos na atividade fiscalizadora é fundamental à repressão ao desvio de recursos públicos e à apuração de responsabilidades com maior eficiência.

Em cede de controle legislativo, a aprovação das contas públicas pelo Tribunal de Contas da União, age sobre a conduta dos agentes públicos, fiscalizando e coibindo a prática de crime de improbidade, sendo essencial para a solução da problemática abordada e relevante para o acionamento do controle jurisdicional de tais atos administrativos, com ênfase nas atividades negociais para implementação de políticas públicas. Os desvios de poder e de finalidade na gestão pública geram consequências gravíssimas à sociedade, mais precisamente nas áreas sociais e de educação.

No âmbito do controle administrativo a ação fiscalizadora institucional pelo exercício da autotutela sob a égide do Ciclo PDCA, visa identificar e coibir práticas contrárias ao interesse público como ineficiência, ineficácia e falta da efetividade na gestão pública, sobretudo por uma governança deficiente em cede de controle interno com enfoque no mérito da atividade negocial administrativa, de modo a primar por uma administração sustentável a favor da geração de empregos, incremento da atividade produtiva e desenvolvimento nas diversas áreas correlatas, para, a que longo prazo, haja uma redução das necessidades de investimentos tão intensos em políticas públicas setoriais, o que refletirá diretamente nas áreas sociais pelo aumento da qualidade de vida.

Ressalta-se que aplicação do controle social na fiscalização da Administração Pública favorecerá a transparência de todas as fases da atividade negocial na gestão pública, em que pese a tentativa da ocultação dos atos de improbidade, por meio de práticas como o assistencialismo, o clientelismo e tráfico de influências amplamente recorrentes no âmbito da Gestão Pública. Assim, o reforço na implantação de um modelo de governança alicerçada em princípios como *fairness*, *disclosure*, *accountability* e *compliance*, aumentará o espectro de alcance dos meios de controle sobre o enfoque da eficiência na fiscalização e acompanhamento dos atos de gestão, pela prestação de contas, transparência, vinculação à lei e equidade no atendimento das demandas sociais e, por fim a oferta de um padrão de governança com ênfase no conceito da Boa Administração Pública como manifestação de um direito fundamental.

A aplicação dos recursos em finalidade distinta da previsão orçamentária impede que o Estado implemente políticas públicas adequadas às necessidades sociais, de modo a ocupar áreas vitais para a efetivação plena da inserção social, principalmente, para a difusão de valores salutares ao desenvolvimento da sociedade e seu respectivo desenvolvimento humano.

Não há dúvida sobre a importância dos controles social e institucional na repressão aos problemas de improbidade na gestão pública, assim, em que pese a atividade fiscalizadora realizada no âmbito do controle externo e interno, essa atividade transformou-se em tarefa complexa, diante do volume de recursos que integram o orçamento da União frente à estrutura de fiscalização disponível e à falta de cultura de fiscalização da sociedade brasileira.

Dessa maneira, o aprimoramento da estrutura de transparência é que pode fornecer à sociedade um retorno acerca dos questionamentos realizados por meio dos controles institucionais e sociais, bem como aumentar a inserção social na gestão pública, seja pelo incremento no orçamento participativo ou no incentivo à participação social.

Em face de todas as considerações e abordagens realizadas outrora, o êxito do controle social sob a égide da efetividade, somada à estrutura de controle e fiscalização do Estado, conduzirá a uma sociedade sustentável, principalmente, sobre o viés social, de modo a conferir meios capazes de proporcionar políticas públicas para reduzir as desigualdades sociais, erradicar a miséria e reduzir gradualmente a pobreza, e sobretudo proporcionar desenvolvimento da sociedade em todas as suas áreas.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Método, 2009.
- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências.** 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010.
- AQUINO, Yasmim. **Brasil piora no ranking internacional de percepção da corrupção.** Agência Brasil, Brasília Jan. 2016. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-01/brasil-piora-no-ranking-internacional-de-percecao-da-corrupcao>. Acesso em: 05 Nov. 2016.
- ARANA, Jaime Rodriguez. **Los principios del derecho global de contratacion publica.** Revista de Facultad de Derecho, Buenos Aires, nº 66, 2011, p. 29-54.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **As Parcerias Público-Privadas no direito positivo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 105-145.
- ARAÚJO, Edmir Neto. **Curso de Direito Administrativo,** São Paulo. 5. ed. Saraiva, 2010.
- BARBOSA, Sandra Pires. **Direito a informação e controle social da atividade econômica.** Revista de Direito Administrativo nº 225, Rio de Janeiro, Jul/Set, 2001, p. 57-73.
- BEHN, Robert D. **O Novo Paradigma da Gestão Pública e a Busca da Accountability Democrática.** Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, ano 49, n. 4, Out-Dez 1998.
- BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras independentes e a Democracia no Brasil.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 147-165.
- BITENCOURT, Sidney. **Llicitação.** 8. ed. São Paulo: Forum, 2016.
- BITENCOURT, Sidney. **Llicitações Sustentáveis - O uso do poder de compra do estado fomentando o desenvolvimento nacional sustentável.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A judicialização da Política.** Estadão Política. São Paulo, 23 Dez 16. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-judicializacao-da-politica/>>. Acesso em 30 Dez. 16.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania.** 1. ed. São Paulo: Editora 34- ENAP, 1998.
- BRITO, Carlos Ayres. **Distinção entre Controle Social do poder e participação popular.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 189, jul./set. 1992, p. 114-122.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fomento à pesquisa e agilidade em compras governamentais.** Revista de Direito Educacional, São Paulo, v. 5, jan./jun. 2012, p. 381-394.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O princípio da razoabilidade à legalidade.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 16, jul./set. 1996, p. 173-177.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e o direito administrativo.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 34 n. 133. jan/mar, 1997, p. 89-98.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Administração pública e a regulação dialógica sustentável do turismo.** Interesse Público, Belo Horizonte, v. 13, n. 69, set./out. 2011.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Contratos Administrativos: seus requisitos, fases processuais e invalidades.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo v. 34, 2014, p. 335-357.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Contrato administrativo concertado, causa e boa-fé: maior eficiência e eficácia à luz das teorias dos atos separáveis e da incorporação.** Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, Unichristus. v. 12, n. 16, jan-dez/2014, p. 357-371.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Direito de ação popular: requisitos especiais, eficiência, eficácia, efetividade e controle social.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Paulo, v 6, 2014, p. 288-297.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; SILVA, Antônio Donizete Ferreira da. **Governança e as novas tecnologias: Principais reflexos da informatização na gestão administrativa do Poder Judiciário.** Revista de Direito. v. 2, nº 2, Jul-Dez 2016, p. 18-36.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **PPP's – Parcerias Público-Privadas e o meio ambiente.** RECHTD - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Paulo, v. 3, nº 1, , jan-jun/2011, p. 66-67. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/674/> 1760, acesso em: 14 Jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume 2.** 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. **Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial.** São Paulo: LTR, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Contra poder popular,** São Paulo: Folha de São Paulo, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 1<sup>a</sup> ed., 2006, 5<sup>a</sup> reimpr., 2011, p. 91-93.

- DALF, Richard Lescure. **Teoria e Projetos das Organizações**. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Contratos Administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, São Paulo, nº 65, jul./set. 2016.
- DROMI, José Roberto. **La Licitación pública**. Buenos Aires. Astrea, 1977.
- ELKINGTON, John. **Enter the Triple Bottom Line**. In: HENRIQUES, Adrian; RICHARDSON, Julie. **The Triple Bottom Line, Does It All Add Up?: Assessing the Sustainability of Business and CSR**. London; Earthscan Publications Ltd. 2004, cap. 1, p. 1-16. Disponível em: <<http://kmhassociates.ca/resources/1/Triple%20Bottom%20Line%20a%20history%201961-2001.pdf>>. Acesso em 13 Mar. 2016.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2ª tiragem, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental a Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito do futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; MENESES, Judson Sales de. **Reflexões e cautelas na implementação do processo judicial eletrônico.** Revista Justiça do Trabalho. Porto Alegre: HS Editora, n. 358, out. 2013, p.35-52.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LEVY, Evelyn. **Controle social e controle de resultados um balanço dos argumentos e da experiência recente.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual.** 1. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança. julgamento** em 24 Nov. 1999, Relator Ministro NERI DA SILVEIRA Plenário, DJ de 7-12-2000. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757392/mandado-de-seguranca-ms-23455-df-stf>>. Acesso em: 04 Nov. 2016.

MARTINS Rodrigues Martins. **Controle do Patrimônio Público.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso de. **HC 88.189-MC-rel.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CPI.pdf>>. Acesso em: 04 Nov. 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo. Volume I.** Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Democracia e contrapoderes.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 258, p. 47-80, set./dez. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Globalização, Regionalização, Reforma do Estado e da Constituição.** Revista de Direito Administrativo nº 211. Rio de Janeiro: Renovar, Jan-Mar de 1998, p. 1-20.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração negocial.** BLC - Boletim de licitação e contratos. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano 21, nº 1, Jan. 2008, p. 34-42.

NALINI, José Roberto. **Ética Geral e Profissional.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, Direito e Democracia.** 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias e FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental.** Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/manoel\\_messias\\_peixinho.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf)>. Acesso em 27 Mar. 2016.

PENTEADO, Jurandir; GRAEMI, Alexandre Reis. **Administração da Produção.** Curitiba, Unicen, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública.** 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatório Justiça em Números relativo ao ano de 2015 publicado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 09 Nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Revista de Informações e debates do IPEA.** 72. ed. Ano 9, 2012. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2759:cati\\_d=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2759:cati_d=28&Itemid=23)>. Acesso em: 8 Nov. 2016.

RIBEIRO, Renato Janine; MURACHCO, Cristina. **Montesquieu: O Espírito das Leis.** 2. ed. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos, Conceitos, Significados e Funções.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIRIQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, José Fernando Vidal; MEZZAROBA, Orides. **Desenvolvimento Sustentável: em busca de um conceito em tempo de globalização e sociedade de risco.** Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade, Curitiba, v.4, ago. 2013, p. 232-256.

PRAZERES, Paulo Mundin. **Minidicionário de termos a qualidade.** São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. Procedimentos regulatórios no atual Direito Administrativo concertado (parte 2). In: **Temas atuais do Direito brasileiro e internacional - 2: Estado, sociedade e Justiça em tempos de globalização, à luz do paradigma da eficiência.** MARQUES, Cláudia Villagra da Silva. (Org.). 1<sup>a</sup> ed. QuintAventura Edições. v. 1. Botucatu/SP, 2015, p. 144-177. Disponível em <<http://www.amazon.com/TEMAS-ATUAIS-DIREITO-BRASILEIRO-INTERNACIONAL-ebook/dp/B00VXS1822>>. Acesso em: 01 Dez. 2015.

TANAKA, Sônia Yuriko; PIRES, Antônio Cecílio Moreira; JUCÁ, Francisco Pedro; PAIOLI, Fulvia Helena Gioia; REIGOTA, João Manuel dos Santos; SIQUEIRA NETO, José Francisco CORREA, Neyde Falco Pires. **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

**Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos (guia PMBOK)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Carlos. **A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 273-313.