

Reflexões sobre controle, legalidade e discricionariedade

Eugenio Müller Lins de Albuquerque

Advogado da União em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região (Coordenação de Patrimônio, Probidade e Meio Ambiente). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do IAB. Membro da Comissão Permanente de Direito Agrário do IAB. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

Resumo: Celebram-se, neste ano, vinte e cinco anos de existência constitucional da Advocacia-Geral da União. Há muito para comemorar. Não, contudo, em termos de controle de legalidade da Administração Pública, em especial em termos dos denominados atos discricionários. O presente texto objetiva examinar como as últimas alterações no Direito Administrativo influenciam tal tipo de controle.

Palavras-chave: Administração Pública. Brasil. Controle. Advocacia-Geral da União.

Sumário: Introdução – 1 Controle da Administração Pública – 2 Transformações no Direito Administrativo – 3 Controle do ato administrativo pelo Advogado Público – Conclusões – Referências

Introdução

A experiência em atividades de consultoria e assessoramento demonstra que o administrador público tende a restringir o controle de legalidade conferido aos Advogados Públicos. Estão presos à noção de legalidade como vinculação ao texto legal. E, dentro dessa visão, encaram a questão da discricionariedade administrativa como um campo de atuação imune a qualquer forma de controle jurídico. Dessa forma, qualquer modo de estreitamento das decisões discricionárias excederia a competência do órgão jurídico e invadiria a seara do gestor.

A visão desses gestores está relacionada com uma leitura tradicional (dogmática) do Direito Administrativo, calcada numa absoluta distinção entre atos vinculados e discricionários, sendo forte a crença na sindicabilidade dos últimos.

Por outro lado, a doutrina é tímida na análise do controle interno de legalidade da Administração Pública, mas pródiga em lições sobre o controle jurisdicional. No que toca ao controle interno, limita-se, no

mais das vezes, a afirmar que é aquele desempenhado pelo próprio órgão. Silencia, no entanto, sobre quem dentro do órgão está incumbido de realizá-lo. Também existem poucas referências ao controle desempenhado pelos Advogados Públicos.

Esse vácuo lança algumas incertezas quanto ao conteúdo desse tipo de controle. Envolveria apenas o controle da aplicação da norma dentro de sua concepção positivista? O que dizer da interpretação constitucional e da incidência dos princípios fundamentais? E os regulamentos? Além disso, torna-se necessário examinar se o Advogado Público está autorizado a adentrar o chamado mérito do ato administrativo. Ou seja, precisar se este profissional pode examinar os atos discricionários ou se tal atribuição estaria acometida, por exemplo, apenas aos integrantes do Poder Judiciário. Com efeito, o estudo das hipóteses de controle judicial dos atos da Administração avançou muito, principalmente a partir do manejo do princípio da razoabilidade. Infelizmente, tal avanço não foi verificado na seara do controle dos Advogados Públicos. Surge, então, o desafio de transportá-lo para esse campo.

O Direito Administrativo passa por mudanças, questionamento de dogmas, reflexo, talvez, de um processo de constitucionalização tardia.

É fundamental sintonizar o trabalho do Advogado Público consultor, que também exerce função essencial à justiça, com as transformações vivenciadas por esta área do Direito que é a sua principal ferramenta de atuação. Importa harmonizar, ainda, este controle com o paradigma do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, que adota, ao menos formalmente, o modelo de administração gerencial ou de governança corporativa. É dizer: deverá superar o legalismo e buscar a eficiência.

Cumprir destacar alguns vetores que devem informar as atividades de aconselhamento conferidas pela Constituição aos integrantes da Advocacia Pública. São: a busca do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, a produção de atos administrativos em conformidade com o ordenamento (sem vícios) e a prevenção de litígios judiciais insustentáveis para o Estado.

As mutações do Direito Administrativo provocam reflexo no desenrolar das atividades consultivas próprias dos Advogados Públicos. Interessa ao desenvolvimento do presente artigo determinar de que

forma ditas alterações influenciam ou devem influenciar o objeto e os limites das atribuições afetas a esta espécie de Advogados.

A melhor forma de iniciar a abordagem parece estar no estudo inicial das noções tradicionais de controle da Administração.

1 Controle da Administração Pública

A existência de mecanismos de controle da Administração é inerente ao Estado de Direito, conforme sublinha Celso Antônio Bandeira de Mello.¹ O controle recebe inúmeras classificações. Porém, somente as mais diretamente relacionadas ao tema principal serão abordadas.

O controle referido ao longo da presente exposição é o administrativo, não o político. Enquanto o controle administrativo tem por alvo a função administrativa exercida pelos órgãos estatais, o político guarda relação com as instituições políticas e o equilíbrio entre os Poderes.²

Poucos doutrinadores mencionam as atividades de assessoramento e consultoria afetas aos Advogados Públicos como representando autêntica função de controle. A bem da verdade, dedicam-se a um exame muito ligeiro do controle interno, preferindo concentrar-se no controle externo, notadamente o parlamentar e o jurisdicional.

1.1 Controle de legalidade e de mérito. Atos vinculados e discricionários

A classificação dos atos administrativos com base no critério da liberdade de ação é tradicional. De um lado estariam os atos vinculados. Do outro, os discricionários. Vinculados, em síntese, são aqueles cujos elementos encontram-se dispostos previamente na lei. José dos Santos Carvalho Filho assim os define:

Atos vinculados, como o próprio adjetivo demonstra, são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei.³

¹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 889.

² CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 779-780.

³ *Ibid.*, p. 116-117.

O controle dos atos vinculados não provoca maiores dúvidas, apesar de os contornos do que venha a ser a legalidade que demanda controle não sejam tão evidentes quanto parecem.

Noutra direção, os atos discricionários são apontados como aqueles que comportam certa margem de liberdade de apreciação do administrador na aplicação. Nas palavras do mesmo Carvalho Filho:

Diversamente sucede nos atos discricionários. Nestes é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo.⁴

Sobre a discricionariedade, Marcello Caetano traz a seguinte contribuição:

A legalidade cinge a actividade jurídica da Administração condicionando os poderes a exercer e a forma de seu exercício, o objecto e o fim dos actos. Na medida em que as normas gerais pautam a actividade administrativa, diz-se que esta é vinculada. Todavia, as necessidades da iniciativa da Administração, o facto desta ter com freqüência que decidir, isto é, de escolher uma atitude, um comportamento, um procedimento entre vários possíveis em face de circunstâncias muito variáveis e quantas vezes inesperadas, impõem que a lei deixe nessas ocasiões certa liberdade de actuação aos órgãos.

Tal liberdade de apreciação tanto pode incidir sobre a oportunidade de agir, como sobre o objecto ou a forma do acto. Desde que seja respeitado o fim de interesse público fixado por lei como fundamento da atribuição dos poderes, e que passa a ser o valor jurídico em função do qual se apreciará o acto, o órgão poderá escolher, naqueles domínios que a lei deixa ao seu critério, qualquer das atitudes ou dos comportamentos possíveis. A este domínio da liberdade de escolha ou de apreciação, relegada para o plano da técnica, se chama discricionariedade administrativa, que se opõe, assim, à vinculação.⁵

Merece atenção o destaque dado pelo autor ao plano da técnica, noção relevante para o exame dos limites ao controle dos atos considerados discricionários.

⁴ *Ibid.*, p. 117.

⁵ CAETANO. *Manual de direito administrativo*, p. 31.

A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello assim define a discricionariedade:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Para o autor, a discricionariedade deve ser pesquisada em cada caso concreto, sendo inadequado afirmar sua existência em tese. Maria Sylvia Di Pietro associa a ideia de discricionariedade a um poder jurídico, nos termos abaixo transcritos:

Estudando-se a evolução da Administração Pública a partir do Estado de Polícia, verifica-se que se partiu de uma ideia de discricionariedade ampla — sinônimo de arbítrio e própria das monarquias absolutas, em que os atos da Administração não eram sindicáveis perante o Judiciário — para passar-se a uma fase, já no Estado de Direito, em que a discricionariedade, assim entendida, ficou reduzida a certo tipo de atos; e chegou-se a uma terceira fase em que praticamente desapareceu essa ideia de discricionariedade e esta surgiu como poder jurídico, ou seja, limitado pela lei.^{6 7}

Diz-se do ato discricionário que comporta juízo de conveniência e oportunidade, e que estes formam o mérito administrativo. Nesse sentido, a seguinte lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Vimos, ao estudar o poder discricionário da Administração que, em certos atos a lei permite ao agente proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática do ato. Esses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o mérito administrativo.⁸

O controle dos atos discricionários (especialmente o jurisdicional) tem contornos complexos. Hoje, contudo, não há quem sustente que tais

⁶ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 926.

⁷ DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 14.

⁸ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 111.

tipos de atos sejam imunes ao controle pelo Poder Judiciário. Discute-se apenas a intensidade e os limites do controle.

Não há confundir-se discricionariedade com arbitrariedade. É fundamental ter em vista que discricionariedade, mérito, oportunidade e conveniência não podem servir como rótulos que cubram atos administrativos com o manto da imunidade de controle ou mesmo da impunidade.

1.2 Controle interno. Controle externo

Com relação ao controle interno, é tema que não desperta maior cuidado nos manuais e cursos de Direito Administrativo, que são bastante econômicos a respeito. Limitam-se, em sua maioria (ao menos as referências consultadas), a estabelecer que é o desempenhado pelos próprios órgãos.

Quanto ao controle externo, é alvo de maior destaque, sobretudo a modalidade jurisdicional. Talvez pela razão singelamente apontada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “dentre todos os controles o mais importante, evidentemente, é o que se efetua, a pedido dos interessados, por meio do Poder Judiciário”.⁹ Em sentido oposto, porém, Hely Lopes Meirelles defendia a precedência e a maior abrangência do controle exercido pela própria Administração (Poder Executivo):

Assim, temos a considerar com precedência sobre os demais, por sua permanência e amplitude, o controle da própria Administração sobre seus atos e agentes (controle administrativo ou executivo) e, a seguir, o do Legislativo sobre determinados atos e agentes do Executivo (controle legislativo ou parlamentar) e, finalmente, a correção dos atos ilegais de qualquer dos Poderes pelo Judiciário, quando lesivos de direito individual ou do patrimônio público (controle judiciário ou judicial), como veremos nos itens seguintes deste capítulo (itens II, III e IV).¹⁰

Referido autor considerava o controle interno mais amplo do que o judicial por contemplar o primeiro juízo de legalidade e de mérito.¹¹ Não discrepa de tal posicionamento a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo a qual o controle interno (ou autocontrole): “tem a maior

⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 890.

¹⁰ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 571.

¹¹ *Ibid.*, p. 574-575.

abrangência possível; transborda do campo da estrita legalidade para envolver o interesse público (controle de mérito)".¹²

Interessa ao desenvolvimento do presente trabalho identificar que a primazia do controle interno pertence aos Advogados Públicos. Num passo seguinte, precisar os contornos desse controle, isto é, definir se contempla apenas a legalidade isoladamente considerada ou se alberga outros fatores. E, finalmente, estudar a relação entre os Advogados Públicos e o exame da discricionariedade administrativa. Faz-se necessário, porém, tratar inicialmente do chamado controle judicial ou jurisdicional da Administração Pública.

1.3 Controle jurisdicional

Como antes referido, a doutrina dedicada ao Direito Administrativo é muito mais farta no tratamento do tema do controle jurisdicional da Administração Pública. Em outras palavras, o estudo dos limites do controle jurisdicional sobre a atividade discricionária evoluiu consideravelmente, ao passo que o controle interno restou relegado a segundo plano.

De fato, o tema pode ser dividido nos seguintes estágios ou fases: (i) insindicabilidade; (ii) apreciação dos elementos vinculantes (desvio de poder, desvio de finalidade, aplicação da teoria dos motivos determinantes); (iii) valoração dos conceitos jurídicos indeterminados; (iv) controle pela aplicação de princípios como a moralidade administrativa e a razoabilidade. A tais fórmulas, acrescenta-se a teoria de Gustavo Binenbojm sobre os graus de vinculação à juridicidade administrativa, que será abordada em espaço próprio.

À exceção da construção em torno da insindicabilidade do mérito pelo juiz, as demais permanecem válidas, representando verdadeiras técnicas de estreitamento ou controle do mérito pelo juiz.

No que diz respeito aos limites do controle sobre os atos que ensejam apreciação discricionária pelo administrador, é de grande valia o alerta de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende existir um cerne que não pode ser penetrado pelo juiz, qual seja, o da conveniência

¹² MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 164.

e da oportunidade do ato. Significa dizer que a discricionariedade do administrador não pode ser simplesmente substituída pela apreciação do órgão julgador, sob pena de invasão de poderes. Pelo menos não o núcleo de subjetividade. Veja-se:¹³

O campo de apreciação meramente subjetiva — seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato — permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Aliás, o autor fornece outros elementos de suma importância para a identificação dos limites da discricionariedade.¹⁴ Em primeiro lugar, a noção de que a discricionariedade reside onde for impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível a solução idônea para cumprir de forma excelente a finalidade legal. Além disso, observa que a discricionariedade remanesce mesmo após decorrido o processo interpretativo. E, por fim, a constatação de que haverá discricionariedade fora das zonas de certeza negativa e de certeza positiva.

A seu turno, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º).¹⁵

A jurisprudência fornece diversos casos de limitação da discricionariedade pelo órgão jurisdicional, em especial em decorrência aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. São exemplos: a

¹³ *Ibid.*, p. 946.

¹⁴ *Ibid.*, p. 918, 925, 929.

¹⁵ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 842.

aplicação da razoabilidade em sede de fixação de sanção disciplinar e de estipulação de critérios de idade em concurso público.

1.4 Considerações sobre a Advocacia Pública e Controle

A Advocacia Pública abrange, além da Advocacia-Geral da União, as Procuradorias dos Estados e dos Municípios (que possuam Procuradoria organizada), mas o foco principal do presente trabalho é AGU.

A atuação consultiva da AGU se dá por meio da consultoria e do assessoramento jurídicos aos diversos órgãos do Poder Executivo Federal, garantindo segurança jurídica aos atos administrativos que serão praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos e, ainda, à proposição e análise de medidas legislativas (projetos de lei, medidas provisórias, decretos e resoluções, entre outros) necessárias ao desenvolvimento e aprimoramento do Estado Brasileiro.

A Constituição de 1988, ao tratar da Advocacia-Geral da União, não utiliza a expressão controle, consoante se verifica da leitura do artigo 131:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A doutrina também costuma reservar o estudo do controle à Controladoria-Geral da União, ao Ministério Público, ao Judiciário e ao Tribunal de Contas (ou Tribunais de Contas).

José dos Santos Carvalho Filho aponta que a revisão e fiscalização são os elementos básicos do controle.¹⁶ Nada obstante, é possível enxergar nas atividades de consultoria e assessoramento a natureza de controle, se compreendido o seu sentido a partir das lições de Marçal Justen Filho. Marçal distingue o controle em duas modalidades, ou tipos: o controle-fiscalização e o controle-orientação. Nas palavras do administrativista:

¹⁶ *Ibid.*, p. 781.

Há o controle-fiscalização, que indica o acompanhamento e a fiscalização. É nesse sentido que o art. 71, I, da CF/88 estabelece que o controle externo exercitado pelo TCU abrange a apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República. Mas também existe o controle-orientação, consistente na determinação da conduta alheia. É nessa acepção que o TCU determina que o órgão administrativo adote providências indicadas ou assine prazo para adoção de providências necessárias ao cumprimento da lei (CF/88, art. 71, VIII e IX).¹⁷

O sentido de orientação já podia ser encontrado no ensinamento de Hely Lopes Meirelles, ainda que de forma mais discreta: “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”.¹⁸

É nessa segunda categoria de controle, a de orientação, que as atividades consultivas desempenhadas pelos integrantes da Advocacia Pública podem ser enquadradas. Os pareceres dos Membros da AGU, em regra, não são vinculantes, de acordo com a legislação em vigor. Porém, embora lhes falte poder para determinar a conduta alheia, tal circunstância não afasta seu caráter de controle-orientação.

Carlos Figueiredo Mourão¹⁹ destaca que o controle interno de legalidade da Administração compete exclusivamente à Advocacia Pública:

O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controle desses atos. Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujos membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade.

Note-se que a obrigação mencionada pelo autor não é apenas legal, mas decorre da própria Constituição. Também Rommel Macedo enxerga no assessoramento e na consultoria verdadeiras funções de controle, nos termos da lição abaixo transcrita:

¹⁷ JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*.

¹⁸ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 570.

¹⁹ MOURÃO. A Advocacia Pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES; SOUZA (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*, p. 136.

Percebe-se que a advocacia do Estado, ao consistir no controle de legalidade e de legitimidade, pode sim se caracterizar, sob o prisma funcional material, como um verdadeiro *integrity branch* (ACKERMAN, 2000, p. 694-696) ou poder de fiscalização, o que, no sistema presidencialista de governo, mostra-se imprescindível para que a politização da Administração Pública não ponha em risco o Estado Democrático de Direito. Promovendo a responsabilização dos agentes públicos, seja preventivamente — por meio da consultoria e do assessoramento jurídicos — seja na via postulatória — mediante as ações cabíveis — a advocacia do Estado acaba por consistir uma função de controle (MOREIRA NETO, 1994, p. 34) — *policy control*, na terminologia de Lowenstein (1970, p. 71).²⁰

A faceta de orientação ora defendida não discrepa das orientações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que vai mais além e visualiza na missão consultiva da Advocacia de Estado um dever de aperfeiçoamento da ordem jurídica:

Compete, ainda, ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, *aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos* no sentido de adotarem, invariavelmente, todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos, sempre que se apresentem as ocasiões concretas de fazê-lo, dentro ou fora de processo judicial ou administrativo sob seus cuidados.²¹ (grifos nossos)

A orientação consistirá em indicar ao administrador os parâmetros que seus atos, decisões e procedimentos deverão seguir para preservar a harmonia com o ordenamento jurídico. Há nisso um aspecto preventivo (evitar-se a prática de atos juridicamente defeituosos) e mesmo corretivo (no sentido de revogação ou anulação).

Voltando um pouco à teoria da separação dos Poderes, vê-se que a tradicional tripartição vem recebendo novos influxos. Marçal Justen Filho identifica no Tribunal de Contas da União e no Ministério Público verdadeiros Poderes, nada mencionando, entretanto, em relação à Advocacia Pública.

²⁰ MACEDO. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, p. 161.

²¹ MOREIRA NETO. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, p. 58.

Não pode ser negligenciada, entretanto, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que apregoa a existência de órgãos que não se incluem na tradicional teoria da tripartição. O autor situa a Advocacia-Geral da União como um desses órgãos, conforme se observa:

Segundo, porque proliferam nos Estados contemporâneos inúmeros órgãos que não se incluem em qualquer dos três conjuntos de poderes clássicos, desempenhando, com independência política, uma vasta gama de atribuições setoriais importantes, como é o caso dos bancos centrais e dos tribunais constitucionais em vários países, e, no Brasil, dos órgãos encarregados do exercício das funções essenciais à justiça (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública) e, ainda, dos Tribunais de Contas.²² (grifos no original)

Embora a AGU integre o Capítulo das Funções Essenciais à Justiça, o arcabouço constitucional vigente não lhe reservou qualquer grau de autonomia que permita asseverar que tal instituição não integra, pelo menos do ponto de vista formal, o Poder Executivo.

Estabelecidas as premissas acima, resta consignar que a atuação consultiva dos Advogados Públicos não deve permanecer indiferente às transformações sofridas pelo Direito Administrativo que serão tratadas ao longo deste texto. Ao contrário, pois, como alerta Diogo de Figueiredo, “cada novo instituto de Direito Administrativo que surge abre sempre um novo desafio à Advocacia de Estado”.²³ Cabe examinar, destarte, de que forma isso se dará.

2 Transformações no Direito Administrativo

O Direito Administrativo é usualmente descrito como tendo surgido para limitar o poder estatal perante os cidadãos. É uma visão tradicional que não desperta maior dissenso. Mas Gustavo Binbenbojm aponta uma origem diferente. Segundo o autor, o Direito Administrativo teve função justamente oposta, que corresponderia à manutenção dos privilégios do Antigo Regime:

²² MOREIRA NETO. *Direito regulatório*, p. 152.

²³ BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 63.

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras) representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação.²⁴

A origem do Direito Administrativo cria situações contraditórias com o atual estágio de evolução do restante do Direito. Não por outros motivos, Binenbojm propõe a revisão de certos paradigmas do Direito Administrativo.

Das alterações sofridas pelo Direito Administrativo, interessam mais ao tema do controle de legalidade afeto aos integrantes da Advocacia Pública: a crise da lei formal; a constitucionalização do Direito Administrativo e a ascensão dos princípios constitucionais, além do fim da dicotomia entre atos discricionários e vinculados.

2.1 Crise da lei formal

A ambição de racionalidade pura dos iluministas não alcançou os resultados esperados. Testemunha-se o declínio da lei. A lei perdeu seu posto de representação da vontade popular. Em parte, isso se passa como decorrência da lentidão do processo legislativo tradicional. O Estado contemporâneo acumula competências sucessivamente complexas e específicas, em virtude do avanço tecnológico e da complexidade do próprio grupo social. O Parlamento não dispõe de conhecimentos técnicos para acompanhar a velocidade das demandas crescentes da sociedade.

Outro fator que levou à erosão da lei formal foi o fenômeno da inflação legislativa. O excesso de leis pode ser atribuído à noção positivista de completude do ordenamento jurídico (ideal de racionalidade exacerbada própria da modernidade), somado ao aumento das funções do chamado Estado Social. Legislou-se tanto e sobre tantas matérias que o efeito foi o contrário: a lei ficou banalizada.

Gustavo Binenbojm aponta outras causas menos óbvias que conduziram à crise da lei. Cita como corresponsáveis pelo processo:²⁵ a constatação histórica de que a lei pode veicular a injustiça e fundamentar

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, p. 128-135.

a barbárie; a vitória do constitucionalismo sobre o legalismo; a criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais pelo Executivo; o controle do processo legislativo pelo Executivo.

Quando se cogita da utilização da lei como fundamento da barbárie, vem à tona a questão da ascensão do nazismo e do fascismo como episódios que colocaram em xeque o ideal positivista. Bem sintetiza o tema o seguinte comentário de Luís Roberto Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate jurídico se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram barbárie em nome da lei.²⁶

Quanto ao último aspecto, isto é, a captura do processo legislativo pelo Executivo, assume especial relevo no Brasil, notadamente em razão das medidas provisórias de competência do Presidente da República.

2.2 Constitucionalização do Direito Administrativo

Por mais paradoxal que pareça, enquanto a lei perdeu parte de sua relevância, a Constituição passou a ocupar um lugar central nos ordenamentos jurídicos. É possível identificar o fenômeno deslegalização-constitucionalização. E constatar que, no Brasil, a Constituição assumiu posição outrora reservada ao Código Civil.²⁷

Com a constitucionalização, assumem maior relevo os princípios constitucionais fundamentais, que irradiam sobre toda a pirâmide jurídica e incidem mesmo sobre a relação entre particulares (administrados). Dá-se, então, aquilo que Luís Roberto Barroso denomina de filtragem constitucional:

²⁶ BARROSO. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 26.

²⁷ *Ibid.*, p. 43.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional.²⁸

Gustavo Binbenjy assinala que a burocracia provocou relativo atraso na constitucionalização do Direito Administrativo:

Com efeito, embora criado sob o signo do Estado de direito, para solucionar os conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de descolamento do direito constitucional. A própria descontinuidade das constituições, em contraste com a continuidade da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais.²⁹

Com ou sem atraso, é indubitável que a constitucionalização veio para alterar as relações travadas no âmbito do Direito Administrativo. Como resultado, o administrador passou a poder sustentar seus atos diretamente da Constituição — ou mesmo ser compelido a assim proceder — sem o intermédio da lei. Para Binbenjy, a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais é o aspecto mais importante da constitucionalização do Direito Administrativo.³⁰

Já Marçal Justen Filho relaciona constitucionalização e atividade interpretativa:

O enfoque constitucionalizante preconizado consiste em submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais.³¹

²⁸ *Ibid.*, p. 44.

²⁹ *Ibid.*, p. 18-19.

³⁰ *Ibid.*, p. 143.

³¹ JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 16.

Outras consequências da constitucionalização deste ramo jurídico são, segundo Luís Roberto Barroso, a redefinição da ideia de supremacia do interesse público e a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.³² É o segundo aspecto que mais interessa ao estudo ora empreendido, pois caberá examinar se esta possibilidade deve ser entendida aos integrantes da Advocacia Pública.

2.3 Pós-positivismo. Normatividade dos princípios

Como reação ao positivismo jurídico, surgiu o movimento chamado pós-positivismo.

O pós-positivismo está associado à constitucionalização do Direito, que trouxe para o centro do debate o papel dos princípios constitucionais fundamentais. Os princípios, antes vistos como meras declarações de intenções do legislador, passaram a ser considerados normas efetivas, que ora veiculam comportamentos negativos e que ora impõem ao Estado certas prestações positivas.

Alexandre Santos de Aragão assim sintetiza o que chama de concepção pós-positivista da legalidade:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.³³

Já Luís Roberto Barroso assim resume o que compreende por pós-positivismo:

O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas, que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores,

³² BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Interesse Público – IP*, p. 13-54.

³³ ARAGÃO. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, p. 776.

o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.³⁴

Ou seja, se antes era possível cogitar-se da existência de um universo jurídico povoado apenas por regras, o enfoque evoluiu para a convivência entre regras e princípios. Os princípios deixam de ser declarações políticas e tornam-se material de trabalho dos operadores do Direito, no caso os Advogados Públicos. Portanto, o manuseio dos princípios não extrapola os limites do controle de legalidade.

Outra questão não pode ser negligenciada. O jogo de princípios e regras torna mais complexa a atuação do Advogado Público. Os princípios possuem densidade maior do que as regras, mas, por outro lado, propiciam menor objetividade. Assim, a aplicação dos princípios oferece menos segurança jurídica, conquanto amplie os horizontes de atuação desses profissionais.

Nesse sentido, é oportuno sublinhar a posição de Maria Sylvia Di Pietro, ainda que direcionada ao controle judicial dos atos da Administração:

Quando, porém, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas, amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico.

O controle fica mais difícil porque, em se tratando de valores, são delimitados com muito menos clareza os confins da atuação discricionária. A tarefa do juiz fica muito mais complexa, uma vez que ele passará a perquirir zonas de maior incerteza. Além da maior dificuldade, sua tarefa aumenta, à medida que novos limites se impõem à discricionariedade administrativa.³⁵

Resta nítida, pois, a relação entre o controle da Administração Pública e a ascensão dos princípios jurídicos. Corroborar tal afirmativa a lição de Gustavo Binenbojm ora transcrita:

³⁴ BARROSO. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, p. 47.

³⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 14.

A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco nenhuma margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais.³⁶

Vale assentar ainda que, assim como a noção de legalidade sofreu alteração, algo semelhante ocorreu com a discricionariedade, a qual, como esclarece Maria Sylvia Di Pietro, “não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito”.³⁷

2.4 Fim da dicotomia atos vinculados *versus* discricionários.

Graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Sistematização dos parâmetros de controle judicial dos atos administrativos

Gustavo Binenbojm, conforme será esmiuçado em tópico reservado, defende uma concepção ampla do princípio da legalidade, à qual se refere como juridicidade. Para o autor, além disso, não há, na essência, distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários. Chega mesmo o autor a propor uma mudança de paradigma neste sentido (da dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade). Confira-se:

Como se vê, essa principalização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade. Em outras palavras, essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o “ato administrativo vinculado” e o “ato administrativo discricionário”, sendo a diferença o grau de vinculação.³⁸

A ascensão dos princípios no Direito Administrativo tem reflexo direto no controle dos atos administrativos. Assim, Binenbojm cuida de esboçar um esquema para sistematização do grau de controle judicial dos atos administrativos a partir da sua maior ou menor vinculação à juridicidade. Embora a sua proposta seja direcionada ao controle judicial,

³⁶ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 308.

³⁷ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 233.

³⁸ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 210.

é válido abordá-la para posterior exame da adequação do seu uso para o controle interno de legalidade a cargo dos membros da Advocacia Pública.

Binenbojm rejeita a predefinição estática da controlabilidade a partir das categorias binárias atos vinculados e atos discricionários. Para ele, o maior grau de vinculação estaria impregnado nos atos vinculados por regras. Nestes casos, decorre como dever imediato para o administrador o de adotar a conduta descrita no relato normativo.

Em seguida, viriam os conceitos jurídicos indeterminados. São exemplos desse tipo de ato as noções de notório saber jurídico e reputação ilibada. Diante de conceitos indeterminados, o controle seria eminente negativo, devendo o magistrado cingir-se a afastar soluções manifestamente incorretas.

E, por último na escala de vinculação, restariam os atos vinculados por princípios (que, segundo o autor, podem ser constitucionais, legais ou regulamentares). Quanto a estes, que considera indevidamente denominados discricionários, Binenbojm sugere o seguinte roteiro:

Assim, após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos determinantes), deverá o Judiciário averiguar se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima).³⁹

Além de traçar os degraus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, afirma Binenbojm que a intensidade do controle jurisdicional dependerá da presença maior ou menor de alguns parâmetros nos atos submetidos a controle. A reprodução integral do esquema do autor seria incompatível com a dimensão deste trabalho, mas é possível alinhavar suas diretrizes fundamentais da seguinte maneira:⁴⁰

1. Quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso deve ser o grau de controle judicial;
2. Quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos aplicáveis à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau de controle;

³⁹ *Ibid.*, p. 229.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 235-237.

3. Quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menos intenso será o controle;
4. Quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado, menos intenso deverá ser o controle; e
5. Quanto maior o grau de efetiva participação social no processo de deliberação que resultou no ato, menos intenso deve ser o grau de controle.

3 Controle do ato administrativo pelo Advogado Público

Marçal Justen Filho atesta que o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX, como, por exemplo, os conceitos de legalidade e discricionariedade administrativa.⁴¹

No campo da atuação consultiva dos Advogados Públicos, observa-se que as noções cunhadas naquele século encontram-se bastante enraizadas. Ocorre fenômeno que foi detectado pelo autor acima citado nos seguintes termos:

Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.⁴²

No que toca à legalidade e à discricionariedade, a forte vinculação a visões ultrapassadas pode ser atribuída, também, à postura dos gestores públicos, que pretendem ver reduzido o poder de controle dos pareceristas e ampliada a sua esfera de atuação. Detecta-se, ainda, algum grau de confusão entre Advocacia de Estado e Advocacia de Governo.

Nota-se que as transformações tratadas nos tópicos anteriores ainda não fazem parte do dia a dia dos integrantes do ramo consultivo da Advocacia Pública. Ou seja, resta aos seus membros implementá-las nos processos administrativos em que funcionam. Dada a multiplicidade de temas em que são chamados a opinar, é fácil imaginar o efeito multiplicador envolvido. Em sentido oposto, a negação das transformações

⁴¹ JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 15.

⁴² *Idem.*

implicará na estagnação do Direito Administrativo, com todos os prejuízos inerentes.

Gerson dos Santos Sicca, em artigo destinado ao estudo da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, bem sintetizou a relação entre estes temas, a atuação dos gestores públicos, a Advocacia Pública e o controle jurisdicional da Administração:

A redefinição da noção de vinculação não prejudica em nada a Administração. Apenas deixa claro ao administrador público que a interpretação/aplicação dos preceitos jurídicos, por mais vagos que sejam, deve ser feita com organização e rigor metodológicos. E os órgãos jurídicos têm papel fundamental nessa tarefa, pois são os principais responsáveis pela indicação dos caminhos corretos a ser seguidos. A melhora na aplicação do Direito pelo administrador garante uma boa Administração e impede que os tribunais alimentem desconfianças, decorrentes do desconhecimento sobre os reais fundamentos que causaram a edição dos atos administrativos.⁴³

O estudo do controle atribuído aos integrantes da Advocacia Pública deve ser contextualizado com o paradigma de Estado vigente e com o modelo de administração adotado.

3.1 Estado Democrático de Direito. Administração gerencial

É comum fazer referência a três paradigmas de Estado: Estado Liberal, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal tem em sua essência a seguinte característica: igualdade meramente formal. A autonomia privada prepondera, não cabendo ao Estado agir positivamente para interferir nos desníveis sociais. É o Estado que, em suma, existiu no século XIX para garantir a liberdade individual de seus cidadãos, em especial os detentores de posse. Figura o Estado como mero aplicador de leis.

O Estado Social ou Estado de Bem-Estar tem premissas distintas. A igualdade pregada é a igualdade material. O Estado deve atuar de forma positiva para compensar os desníveis sociais. Fala-se, assim, em Estado Provedor. A autonomia pública prepondera de tal forma que os cidadãos são vistos como clientes, isto é, não há estímulo à participação.

⁴³ SICCA. Conceitos indeterminados no direito administrativo e discricionariedade: limites da vinculação do administrador no estado democrático de direito. *Revista da AGU*, p. 32-33.

A crítica ao modelo é a de que não conseguiu produzir cidadania. Além disso, o Estado Social assumiu tantas funções que não conseguiu desempenhá-las a contento, demandando um custoso aparato burocrático. Assim, entrou em declínio na década de 70.

Já o Estado Democrático de Direito surge como resposta às deficiências dos tipos antecedentes. Seu traço marcante é a busca de maior equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública. Surge maior preocupação com a participação da sociedade na gestão das políticas públicas (saúde, educação, trabalho etc.). Aquele que é afetado pela decisão da Administração Pública deverá tomar parte nessa mesma decisão.

O surgimento de um modelo não extingue automaticamente os outros. Assim, hoje, no Brasil, embora haja predominância do Estado Democrático de Direito, resistem traços do Estado Liberal e do Social. Quanto aos modelos de administração, podem ser apontados dois principais, o burocrático e o de governança. Vale frisar que, no Estado Liberal, sendo as funções do Estado restritas, não se chegou a cunhar um modelo de administração.

O modelo burocrático weberiano coincide com o Estado Social. No que interessa à presente exposição, tem como marco principal a presença de um corpo de funcionários chamado corpo burocrático. Esses funcionários devem possuir certas características que tornariam o modelo, em tese, perfeito, como: (i) rigorosa disciplina e vigilância administrativas; (ii) perspectiva de uma carreira; (iii) seleção por provas; (iv) trabalha em cargos cujos meios de administração não estão dispostos como se fossem uma propriedade pessoal.

No modelo weberiano, a legalidade é colocada no seu sentido restrito. Há rígido controle de procedimento e hierarquia, com pouca concentração nos resultados da ação administrativa. Vigora a máxima segundo a qual somente é dado atuar conforme expressamente autorizada em lei formal e material. Existe forte divisão entre público e privado. O modelo entrou em declínio com a crise do Estado Social.

Por seu turno, no modelo de governança, a legalidade não é abandonada, mas deve ser compreendida sob o vetor do chamado princípio da eficiência (introduzido formalmente no ordenamento nacional com a Emenda Constitucional nº 19). Ou seja, há menos ênfase no controle da

formalidade do procedimento e maior preocupação com a obtenção dos resultados traçados pela Administração. O rigor formal cede espaço ao cumprimento de metas. O instrumento que contém as metas de desempenho é o contrato de gestão, elemento chave nesse modelo. Além disso, a dicotomia público-privado do modelo anterior é abrandada.

Outra peça fundamental do modelo é a introdução das agências reguladoras. Sua criação altera a visão tradicional da legalidade porque, a despeito de sua natureza autárquica, possuem função normativa. A atividade de regulação embaralha a noção tradicional de legalidade, pois os regulamentos expedidos pela agência criam direitos e obrigações. Isto é, não possuem o alcance limitado dos chamados decretos regulamentares do Presidente da República, mas também não podem ser equiparados com perfeição às leis emanadas do processo legislativo “normal”.

Dois aspectos merecem relevo. O primeiro é a sobreposição de modelos. Com efeito, embora o modelo gerencial tenha sido introduzido em grande parte pela EC nº 19, o Estado brasileiro ainda segue, em parte, as linhas mestras do modelo burocrático weberiano. Sobre a sobreposição de modelos e as incongruências geradas, merecem comentário as considerações de Maria Sylvia Di Pietro. A autora alerta para a omissão do legislador federal em baixar as normas legais hábeis à implantação de uma verdadeira administração gerencial. Critica, ainda, a manutenção de leis que considera excessivamente formais, citando a Lei de Licitações e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Ao final, assevera:

Todos esses fatos, que revelam grande contradição de objetivos do próprio Governo, alguns voltados para o gerenciamento, outros voltados para a manutenção e até o aumento da burocracia em determinados setores, certamente contribuem para um distanciamento entre o discurso e a prática, entre a lei e os fatos, entre o Direito posto e o Direito aplicado, em franco desprestígio do princípio da legalidade e da própria Constituição que o consagra.⁴⁴

Outro ponto a destacar é que o modelo burocrático não é inteiramente ruim, apesar do sentido pejorativo que a palavra burocracia tomou. Se examinado o modelo burocrático na sua concepção original,

⁴⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 61-62.

verifica-se que seu pecado é a legalidade estrita. Tal pecado não deve ser reproduzido pela Advocacia Pública.

Extraí-se do estudo acerca do Estado Democrático de Direito e do modelo de administração gerencial que o controle de legalidade deve ser coerente com o modelo gerencial, em especial no que toca à questão da eficiência. Ou seja, não há como conjugar as características de tais modelos com um controle de legalidade em sentido restrito, isto é, limitado à letra fria da lei. Os integrantes da Advocacia Pública não podem se limitar a uma atuação meramente burocrática e formal. Da mesma maneira, mostra-se inaceitável defender que os atos discricionários estejam imunes a qualquer tipo de controle por parte dos Advogados Públicos.

3.2 Controle de legalidade. Evolução. Controle de juridicidade

O controle de legalidade, como é natural, deve ser congruente com a noção de princípio de legalidade em vigor. Em decorrência da crise da lei formal, da constitucionalização do Direito Administrativo e do afloramento dos princípios, a legalidade não mais pode ser enquadrada como vinculação positiva à lei. Recorre-se, uma vez mais, a Gustavo Binbenbojm, que assim relaciona os fatores:

Contudo, pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei. Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica — a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.⁴⁵

Não se olvide que, sendo a Constituição a fonte maior do ordenamento, o controle de legalidade passa pelo controle de constitucionalidade.

Diante das mutações sofridas pelo Direito Administrativo, tornou-se insuficiente admitir o controle meramente formal e distante de legalidade. Daí ser preferível falar em termos de controle de juridicidade, locução empregada por Gustavo Binbenbojm, que assim a aborda:

⁴⁵ BINENBOJIM, *op. cit.*, p. 142.

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição.⁴⁶

Em resumo, a juridicidade significa a compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico (considerado na sua integridade). Esse sentido também está presente na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que propugna que o princípio da legalidade, em acepção ampla, exige a conformidade da Administração não apenas com a lei, em seu aspecto formal, mas com o Direito, incluídos aí os princípios inerentes ao ordenamento jurídico.⁴⁷ É fundamental esclarecer que a juridicidade não exclui a legalidade. Na realidade, convivem. Gustavo Binbenjón trata desta relação nos termos seguintes:

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).⁴⁸

Também os Advogados Públicos devem exercer o controle de juridicidade, ou melhor, estão obrigados a fazê-lo. Tal controle deverá abarcar, conforme o caso concreto: o exame da legalidade, da constitucionalidade, a aplicação dos princípios, a ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade. E deverá estender-se também sobre os atos classificados tradicionalmente como discricionários.

Cabe assentar que, assim como a noção de legalidade sofreu alteração, algo semelhante ocorreu com a discricionariedade, a qual, como esclarece Maria Sylvia Di Pietro, “não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito”.⁴⁹

⁴⁶ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 143.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 233.

3.3 Controle de juridicidade dos atos discricionários e Advocacia Pública

Houve um momento em que cogitar da sindicabilidade dos atos discricionários era dogma, o que dava ensejo a constantes abusos e arbitrariedades em nome do mérito administrativo, da conveniência e da oportunidade. Posteriormente, a doutrina evoluiu, fosse através da possibilidade de controle dos elementos vinculados do ato, ou da teoria dos motivos determinantes e, mais recentemente, da invocação dos princípios da moralidade administrativa, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Infelizmente, porém, tais avanços ainda não parecem ter atingido o controle desempenhado pelos Advogados Públicos, pelo menos no plano teórico. Identifica-se, pois, um espaço a ser preenchido por esses profissionais integrantes das funções essenciais à justiça.

Registre-se, aliás, o posicionamento de Angélica Moreira Dresch da Silveira que relaciona o grau de discricionariedade com a vulnerabilidade das licitações e contratações públicas à corrupção.⁵⁰ A autora destaca, ainda, o papel dos Advogados Públicos que analisam editais de licitação e minutas de contratos administrativos na prevenção da corrupção. É possível afirmar, portanto, que o exame dos atos discricionários está intimamente ligado à citada prevenção. Em palavras diferentes, negar a possibilidade desse controle seria deixar uma porta aberta para atividades lesivas ao interesse público.

Não deve ser olvidado o ponto de vista de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a ilegalidade revestida de aparente discricionariedade é mais grave do que a ofensa aberta à lei:

Esta forma de ilegalidade não é menos grave que a anterior. Pelo contrário. Revela maior grau de periculosidade para o sistema normativo e para a garantia da legalidade, justamente porque, não sendo tão perceptível, pode, às vezes, escapar das peias da lei, propiciando à Administração subtrair-se indevidamente ao crivo do Poder Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou cauteloso demais na investigação dos atos administrativos.⁵¹

⁵⁰ SILVEIRA. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, p. 59-91.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 944.

Também cumpre destacar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz conceito de discricionariedade coerente com a noção de controle de legalidade em sentido amplo aqui defendida (controle de juridicidade). Afirma a autora:

Hoje, pode-se definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar os casos concretos, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.⁵²

Se todas as soluções devem ser válidas perante o Direito, a discricionariedade está aberta ao controle de juridicidade desempenhado pelos Advogados Públicos. Além disso, também as ferramentas de estreitamento ou limitação da discricionariedade possuem natureza jurídica, como, dentre outros, a proporcionalidade. Se a proporcionalidade é um princípio jurídico (e, portanto, norma) e um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa, não existe razão que impeça a sua aplicação pelo Advogado Público no exercício de sua função de controle de juridicidade.

Ademais, o número de atos discricionários é crescente, fato que só aumenta a necessidade do respectivo controle. Ou seja, negar a incidência do controle sobre os atos discricionários significaria deixar uma grande parcela livre dessa relevantíssima atuação.

Destaque-se que o controle interno desempenhado pela Advocacia Pública é muito mais apropriado para o controle dos atos discricionários do que o controle externo. Isto se passa porque o Advogado pode ser chamado a opinar sobre a viabilidade jurídica do ato desde o seu nascedouro. E, também, pela proximidade com os gestores e técnicos envolvidos.

Note-se, a propósito, que Maria Sylvia Di Pietro cita a dificuldade que o Judiciário enfrenta na delimitação entre legalidade e discricionariedade, nos termos abaixo:

Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até

⁵² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 233.

por comodismo, a deter-se diante do mal definido “mérito” da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei.⁵³

3.4 Missão do Advogado Público e controle jurisdicional. Princípio da eficiência. Prevenção da improbidade. Controle de juridicidade e resgate do processo administrativo

Além das razões acima expostas, é importante ressaltar que a possibilidade de controle do Advogado Público sobre os atos ditos discricionários, nos termos propostos pelo presente trabalho, está intimamente relacionada com o princípio da eficiência, consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 (Emenda Constitucional nº 19/98).

Consoante aduz José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados à coletividade, mas também os serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a ela vinculadas.⁵⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto alude ao dever de a Advocacia Pública buscar o constante aperfeiçoamento da ordem jurídica. Tal ângulo de análise nada mais é do que relacionar o controle de juridicidade com a eficiência. A passagem abaixo reproduzida bem ilustra sua posição:

É, pois, nesse sentido qualitativo, que passa a ter especial significado a especialíssima busca da eficiência de desempenho por parte dos agentes das funções essenciais à justiça: uma qualidade sempre estimável, embora nem sempre mensurável, por critérios que espelhem fielmente a efetividade social resultante da atuação das Procuraturas, enquanto órgãos dispostos pela Constituição, tanto para a sustentação, como para o aperfeiçoamento da justiça na ordem jurídica.⁵⁵

Analisando o problema sob a ótica da eficiência, resulta que pouco adiantaria o Advogado Público silenciar sobre aspectos dos atos administrativos que mais tarde poderão ser objeto de ampla análise pelo Judiciário. Ou seja, o controle de juridicidade teria pouco ou nenhum

⁵³ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁵ MOREIRA NETO. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, p. 53.

resultado, o que redundaria na anulação ou revogação de atos que poderiam ser preservados, acaso seguidas as orientações do parecerista.

Também não deve ser negligenciado que, consoante expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em outra obra,⁵⁶ o controle judicial é um controle de correção por excelência. Quer dizer: em regra, o Judiciário só vai agir diante de uma ilegalidade subjetiva. Decorre daí que, ainda em razão da eficiência, o Advogado Público deve, de forma preventiva, alertar a Administração para que afaste eventual ilegalidade (objetiva ou subjetiva).

Há certa similitude entre a atividade do consultor e a do juiz, pois ambos interpretam a lei na busca da solução correta e imparcial. Como apregoa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o consultor não atua como representante da parte, mas sim na qualidade de defensor do interesse público primário:

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante da parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.⁵⁷

Já Fábio Medina Osório faz importante alerta sobre a necessidade do controle preventivo eficiente da improbidade administrativa:

A crise da Lei Geral de Improbidade Administrativa tem múltiplas facetas e expressa, em última análise, uma crise global das instituições fiscalizadoras. Há que se resgatar uma hermenêutica geral em torno ao fenômeno da improbidade e bem assim fomentar postura comprometida com a eficiência e resultados por parte das instituições de controle. Adotar critérios razoáveis, seguros e previsíveis, na compreensão dos atos ímprobos, equivale a percorrer o caminho institucional do controle eficiente sobre a má gestão pública, sem descurar dos mecanismos preventivos, tão ou mais importantes.⁵⁸

⁵⁶ MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 168.

⁵⁷ DI PIETRO. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, p. 20.

⁵⁸ OSÓRIO. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*, p. 383.

Noutro giro, a advocacia consultiva assume importante papel na prevenção de litígios desnecessários. De fato, a submissão de pleitos administrativos a parecer jurídico fornece às autoridades fundamento seguro para o reconhecimento de direitos ainda na fase não litigiosa dos respectivos processos. Sem embargo, eventuais decisões contrárias aos requerentes, desde que solidamente fundadas, reduzem o ímpeto de recurso ao processo judicial. E, mesmo que o administrado venha a fazer uso da via judicial, maiores serão as chances de êxito da pessoa jurídica assessorada.

Numa visão otimista, haveria verdadeiro resgate ou construção de um efetivo processo administrativo, o que contribuiria para a redução da enorme massa de processos que assola o Judiciário, roubando-lhe a eficiência. A excessiva judicialização também é prejudicial para os administrados e acaba por acometer o próprio Executivo, que passa a ter que administrar uma massa enorme de processos judiciais que apresentam custos onerados pela incidência de juros e honorários. É dizer: quanto mais amplo e melhor o controle de juridicidade a cargo dos Advogados Públicos, menor o risco de demandas que não podem ser sustentadas pelo Estado.

3.5 Limites ao controle dos atos discricionários pelo Advogado Público

Cuidou-se, até o momento, de defender que a atividade discricionária da Administração não pode ficar livre da atuação dos integrantes da Advocacia Pública. Resta, agora, tecer algumas considerações sobre a intensidade do controle e dos seus limites.

Com relação ao grau de intensidade, parece possível, diante da ausência de parâmetros específicos, aproveitar os ensinamentos que Gustavo Binenbojm direcionou ao controle jurisdicional (explicitados no Capítulo II). Isto é, a intensidade do controle a cargo dos Advogados Públicos variará de acordo com os seguintes critérios: grau de restrição a direitos fundamentais; grau de objetividade extraível do relato normativo; grau de tecnicidade da matéria; grau de politicidade da matéria e grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa.

Descaberia cogitar daquilo que Afonso Rodrigues Queiró, citado por Maria Sylvia Di Pietro, chama de dupla gestão quando se refere aos

limites também do controle judicial da Administração.⁵⁹ O controle é de juridicidade, não pode ensejar usurpação de competência naquilo que comportar análises técnicas outras que não relacionadas com a ciência do Direito.

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior,⁶⁰ ao tratar da participação da Advocacia-Geral da União na formulação de políticas públicas, também cuidou de delinear os limites de sua atuação, merecendo reprodução o trecho abaixo:

Essencial, contudo, que se demarque, desde logo, o campo de atuação da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos, quando se trata de políticas públicas.

Essa atuação pauta-se na busca da conformação, da higidez e da sustentabilidade jurídico-constitucional dessas políticas, ou seja, cuida-se de, constantemente e em todas as etapas, aferir sua compatibilidade e adequação com as balizas constitucionais e do ordenamento jurídico infraconstitucional.

O mérito dessas políticas públicas, de outra parte, há de ser fixado por aqueles legítima e constitucionalmente designados a exercer a direção superior da administração federal, *ex vi* do art. 84, II, da Constituição Federal: o Presidente da República e os Ministros de Estado.

Em palavras outras, o Advogado Público não formula políticas nem administra os órgãos e entidades do Poder Executivo. Não se olvide, pois, que objetivo do controle deve ser o de evitar abusos. Não pode haver atuação substitutiva. Competirá ao Advogado Público registrar o abuso travestido de discricionariedade e recomendar ao gestor que se abstenha da prática do ato. Diante de uma verdadeira situação que comporte juízo discricionário, não poderá ocorrer a substituição da discricionariedade do gestor pela discricionariedade do Advogado Público. Em especial se a matéria sob exame comportar alta complexidade técnica, hipótese em que deverá prevalecer a expertise dos gestores. Tal assertiva deflui da seguinte observação de Gustavo Binenbojm acerca de casos que desafiam a atuação segura do Judiciário sobre atos do Executivo:

⁵⁹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁰ VIEIRA JUNIOR. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES; SOUZA (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*, p. 442.

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.⁶¹

A limitação ora examinada pode ser estendida ao controle interno de juridicidade reservado aos Advogados Públicos, isto é, este deverá ceder espaço ao conhecimento técnico dos gestores, em assuntos que assim o demandem. Em casos tais, o controle limitar-se-á à verificação da sustentabilidade dos argumentos apontados pelo administrador.

Em resumo, se, após o exame de juridicidade o ato administrativo ainda estiver situado numa zona cinzenta em que não há como apontar a melhor solução, deverá prevalecer a decisão do gestor, e não a do Advogado Público, porque administrar é uma atribuição conferida ao primeiro e não ao segundo.

Conclusões

Os Advogados Públicos exercem controle dos atos da Administração. Cuida-se de controle-orientação. Tal controle engloba e transcende a legalidade. Não há como cogitar-se, hoje, de mero controle de legalidade formal, ainda mais se considerado o resultado do somatório crise da lei, constitucionalização do Direito e ascensão dos princípios ao nível de normas jurídicas.

Impossível imaginar controle de legalidade sem a influência da constitucionalização e do pós-positivismo do Direito Administrativo. O controle interno tradicionalmente referido como de legalidade, de competência exclusiva dos integrantes da Advocacia de Estado, não pode ser dissociado da feição que a própria legalidade e mesmo a discricionariedade assumem dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e do modelo de gestão Gerencial.

Os Advogados Públicos possuem um arsenal de controle mais abrangente, que pode ser melhor qualificado como controle de juridicidade, que traduz a compatibilidade com o ordenamento jurídico concebido

⁶¹ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 225.

na sua integridade. Os responsáveis pelo controle de juridicidade transitam num mundo mais complexo, habitados por regras e princípios.

O controle de juridicidade não se limita aos atos tidos por vinculados, mas também aos discricionários. Tal dicotomia absoluta, de resto, mostra-se questionável. É mais apropriado falar-se em diferentes graus de vinculação à juridicidade. Como demonstrado ao longo da exposição, as ferramentas utilizáveis para o controle desta espécie de atos pertencem ao campo da ciência jurídica e a sua utilização em nada deve melindrar os administradores públicos. Muito pelo contrário.

Se não há espaço discricionário da Administração exterior ao Direito e se compete ao Advogado Público, com exclusividade, exercer o controle interno de juridicidade da Administração, é natural que esta atividade inclua os denominados atos discricionários, guardados os devidos limites.

O grau do controle sob atribuição do Advogado Público não deve ser colocado num patamar inferior ao que é tradicionalmente reservado ao Poder Judiciário. Imaginar-se o contrário seria preconizar um controle inócuo e, pois, incompatível com o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Quanto maior a vinculação do ato à juridicidade, mais intenso será o nível de controle a serviço do Advogado Público e vice-versa.

Se, por um lado, não há instâncias imunes a controle, é indubitável que ao Advogado Público não é dado substituir-se ao Gestor ou Administrador Público. Isto é, o objetivo em vista deve ser o de coibir abusos, não de trocá-los pela vontade ou opinião pessoal do parecerista.

Uma sociedade cada vez mais complexa exige a construção de uma Administração igualmente complexa. E, a seu turno, mecanismos de controle mais complexos e completos. Tais desafios só aumentam a responsabilidade dos Advogados do Estado (independentemente das esferas federativas), que devem ocupar todos os espaços de atuação e laborar para a formação de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Naturalmente, as ideias tratadas neste estudo não poderiam alimentar a pretensão de esgotamento dos temas enfrentados. Mas, ao menos, buscou-se provocar o debate e a reflexão em torno de assuntos que possam conduzir ao aperfeiçoamento da Advocacia Pública.

Reflections on Control, Legality and Discretionary

Abstract: This year, The Office of the Attorney General of the Union completes twenty five years of constitutional existence. There is so much to celebrate in many areas. Not, however, in terms of legal control of the Public Administration, especially the so called discretionary acts. This text aims to study how the last changes in Administrative Law impact this kind of control.

Key words: Public Administration. Brazil. Control. General Attorney of the Union.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: v. 20, n. 7, p. 768-777, jul. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e demitificações. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, n. 51, ano 10, set. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 7, n. 7, p. 11-35, out. 2008.

DROMI, Roberto. *Acto administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina; Hispania Libros, 2008.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A Advocacia Pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 383.

SICCA, Gerson dos Santos. Conceitos indeterminados no direito administrativo e discricionariedade: limites da vinculação do administrador no Estado Democrático de Direito. *Revista da AGU*, Brasília, ano 3, n. 5, dez. 2004.

SILVEIRA, Angélica Moreira Dresch da. A função consultiva da Advocacia-Geral da União na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 7, n. 7, p. 59-91, out. 2008.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. A Advocacia Pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.