

# CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TENDÊNCIAS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Maria Coeli Simões Pires\**

*Jean Alessandro Serra Cyrino Nogueira\*\**

**SUMÁRIO:** I – Introdução. II – Origem e Evolução Histórica do Controle. III – Conceito. IV - Classificação. IV.1 - Controle Jurisdicional. IV.2 – Controle Interno. IV.3 – Controle Externo Exercido pelo Legislativo com Auxílio do Tribunal de Contas. IV.4 – Controle Popular. V – Tendências Atuais. VI - Conclusão.

## RESUMO

O artigo resgata a evolução histórica das diversas categorias funcionais de controle da atuação estatal administrativa e, revisitando a base teórica de cada uma delas, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, desenvolve reflexão crítica acerca dos variados mecanismos, assinalando as tendências no tratamento da matéria e apontando os desafios, ainda não superados, especialmente no plano de aplicação das normas constitucionais.

## ABSTRACT

The article rescues the historical evolution of the diverse functional categories of the state administrative performance control and, revisiting the theoretical base of each one of them, to the light of the paradigm of Democratic State, develops a critical reflection concerning the varied mechanisms, designating the trends in the treatment of the topic and pointing the challenges, still not surpassed, especially in the plan of constitutional rules application.

\* Advogada, doutora em Direito pela UFMG e professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG.

\*\* Advogado da Universidade do Estado de Minas Gerais, com atuação na área do Direito Público.

## I – INTRODUÇÃO

O controle da Administração Pública, temática construída sob inspiração da filosofia liberal e, para muitos, exaurida no âmbito do Estado Social, ressurgiu hoje à luz de novos paradigmas e volta a despertar interesse entre os estudiosos do Direito Administrativo, porém agora deixando-se de lado a legalidade estrita e o positivismo jurídico característicos do final do séc. XIX e início do séc. XX. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, norteado por um conjunto mais amplo de princípios, é possível verificar a insuficiência da concepção de controle estruturada sobre os pilares da legalidade e da divisão do exercício do poder, demandando-se a revisão de sua base de sustentação teórica, para torná-la consentânea com as novas matrizes do Estado pós-positivista.

O presente estudo inicia-se pelo delineamento histórico da matéria, que surge, de forma embrionária, na Idade Antiga e experimenta avanços e retrocessos até a sua consolidação, ocorrida ao influxo do paradigma liberal, com a consagração da teoria da tripartição dos poderes e a instalação dos Estados de Direito.

Enfatizada a historicidade da função, procura-se traçar o conceito de “controle”, partindo-se de suas raízes etimológicas, passando-se por sua tradicional acepção técnico-jurídica - consagrada no Direito brasileiro por MIGUEL SEABRA FAGUNDES – até chegar-se à análise, sob a ótica da atual doutrina, das normas basilares dos regimes aplicáveis aos modelos contidos na matriz constitucional: controle interno, controle jurisdicional, controle externo exercido pelo Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas e controle popular.

Na seqüência, o artigo aponta, em rápidas pinceladas, as grandes tendências no tratamento da matéria, e apresenta conclusões, provisórias e incertas, no quadro de amplas mudanças ocorridas, notadamente, no campo do Direito Administrativo.

## II- ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE

Remotas são as origens dos mecanismos que hoje se afiguram como formas de controle e fiscalização das atividades administrativas do Estado. Sua história - pontuada por avanços e retrocessos - vem desde a

criação dos primeiros Estados<sup>1</sup>, momento em que traços embrionários ou pressupostos sócio-jurídicos já se faziam presentes e podiam ser colhidos do Código de Manu, do Eclesiastes do rei Salomão e dos escritos romanos de Plínio e Cícero<sup>2</sup>.

Conforme descreve PINTO FERREIRA, há relatos históricos de que em Atenas subsistia “uma Corte de Contas constituída por 10 oficiais, eleitos anualmente pela Assembléia Popular, encarregada de fiscalização das contas públicas: perante ela compareciam arcontes, senadores, embaixadores, sacerdotes, comandantes de galeras, a fim de prestarem contas do dinheiro recebido e gasto, justificando suas despesas”<sup>3</sup>.

Roma se insere na história da instituição do controle por meio da criação dos cargos de “Tabularii” e “Numerarii”, cujos titulares atuavam como verificadores de contas, assistindo os magistrados no exercício de suas atividades, apurando a responsabilidade do Senado e dos agentes públicos. Tais núcleos funcionais se consolidaram nos Códigos Justinianos, pelos quais se deu o estabelecimento de uma estrutura de controle unificada para todo o Império.

Dos estertores da Idade Antiga, irrompe o longo período abrangido pela Idade Média, a “noite de mil anos” que se estendeu de 476 depois de Cristo, até aproximadamente 1453, ano em que Constantinopla foi tomada pelos turcos.<sup>4</sup>

Nesse período, mais precisamente entre os séculos IX e XII, estruturaram-se os sistemas feudais, sob cuja égide os mecanismos de controle administrativo experimentam notório enfraquecimento e retrocesso, conseqüências da redução de sua utilidade ante a fragmentação do Império Romano e a difusão de pequenos estados. Na seqüência, observa-se a

1 Considerando que, para muitos estudiosos, entre os quais pontificam KARL SCHMIDT e BALLADORE PALLIERI, o nome Estado, indicando uma situação permanente de convivência e ligado à sociedade política, somente aparece a partir do século XVI, é de se esclarecer que o emprego do termo, nessa oportunidade, vincula-se a uma conotação mais ampla, que, defendida pela maioria dos autores, abrange toda organização social dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento do grupo. É de se registrar, no entanto, o entendimento esposado por GEORGES BURDEAU, segundo quem “é por causa de uma excessiva generosidade verbal que se qualifica de Estado a organização política que existiu entre os Babilônios, os Medas ou os persas, ou ainda que se confere o mesmo título ao poder exercido por determinado chefe de tribo na Melanésia ou na África equatorial.” (O estado. Traduzido por Cascais Franco. Publicações Europa-América, 1970, p. 23).

2 RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Controle Externo da Administração Pública Federal no Brasil. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, p.48.

3 FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. 1ª v.

4 CRETELA JR, José. Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1992, p.27.

quase supressão das formas de controle hauridas na Antigüidade, em face da centralização do poder nas mãos dos monarcas e da instauração dos Estados absolutistas.

Com o advento do absolutismo, ganhou guarida o brocardo latino segundo o qual “o que aprouve ao Príncipe tem força de lei”<sup>5</sup>. O soberano concentrava todos os poderes, insubmisso a qualquer controle. O governante não era representante ou delegado de ninguém, já que se atribuía a direito divino a legitimidade da posição absoluta do monarca. Por isso mesmo, somente a Deus devia o príncipe justificar seus atos, não possuindo qualquer súdito o direito de interferir no funcionamento do governo ou contrastar a vontade onipotente daquele, materializada na máxima romana “*quod principi placuit legis habet vigorem*”, e posteriormente na despótica expressão de Luís XIV, “*L’État c’est moi*”.

Em aparente assintonia, observa-se, nesse corte histórico, a estruturação de tribunais de contas, criados em praticamente todos os reinos. O Império Austríaco funda, em 1661, a sua câmara de contas; em 1714, Frederico I estabelece igual instituição na Prússia; em 1767, o Rei da Espanha (Carlos III) transplanta para os seus domínios no ultramar o Tribunal Maior de Contas (sediado em Buenos Aires).<sup>6</sup>

É de se esclarecer, entretanto, que a criação de tais órgãos não se inspira em um ideal de instrumentalização de possível controle institucional sobre os atos do governo; ao revés, atende a apelos da própria onipotência. Desse modo, os primeiros tribunais de contas eram mecanismos de fiscalização intimamente atrelados ao monarca, criados segundo o desiderato de prover e efetivar a ingerência deste último em todas as instâncias da estruturação administrativa dos reinos e territórios colonizados.

Não obstante isso, na segunda metade do século XVIII, desponta o Estado burguês ou Estado de Direito, nascido da reação aos arbítrios absolutistas, fruto das revoluções Inglesa, Americana e Francesa, cujos ideais se contrapuseram ao velho regime, rompendo com as concepções e paradigmas anteriores.

5 CRETELA JR, José. Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1992, p.397.

6 RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Controle Externo da Administração Pública Federal no Brasil. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, p.49-50.

O Estado de Direito materializa-se sob forte influência dos princípios doutrinários traçados por Montesquieu, consagrados na obra *L'esprit de Lois*<sup>7</sup>, de 1748; assenta-se nos pilares da legalidade e da “separação de Poderes”, extremada sobretudo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, oriunda da Revolução Francesa, que, a despeito das contribuições dos demais movimentos revolucionários erigidos no seio da Europa Continental, teve por mérito difundir pelo mundo os seus preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

É de se observar que a “separação” ou distribuição funcional do Poder estatal entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário foi também propugnada por JHON LOCKE, que se reportava, ainda, à necessidade de um quarto poder legitimado para o exercício da “prerrogativa” de promover o bem comum nas hipóteses de omissão ou lacuna da lei.<sup>8</sup>

Sob essa nova atmosfera, arrimados em sólida doutrina, firmaram-se os alicerces do controle da Administração. Conforme acentua HELY LOPES MEIRELLES, na França pós revolucionária “a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las”<sup>9</sup>, sistema em que “o Executivo opera dentro em limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário”<sup>10</sup>, consoante lição de CAIO TÁCITO.

Segundo assevera PAULO BONAVIDES, o “princípio da separação de poderes teve também excelente acolhida na obra do filósofo alemão Kant, que enalteceu sobretudo o aspecto ético da teoria, elevando os poderes à categoria de ‘dignidades’, ‘pessoas morais’, em relação de coordenação (*potestas coordinatae*), sem sacrifício da vontade geral una. Conforme revela o citado jurista, “insistindo na ‘majestade’ dos três poderes, sempre postos numa alta esfera de valoração ética, Kant afirma que o legislativo é ‘irrepreensível’, o executivo ‘irresistível’ e o judiciário ‘inapelável’”<sup>11</sup>.

7 MONTESQUIEU, Charles de. Do espírito da leis. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 3. ed., 1985.

8 Prerogative is nothing but the power public good without a rule. LOCKE, John. The Second Treatise of Governmente. Cap. XIV, p. 160.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 27. ed., 2002, p. 49.

10 TÁCITO, Caio. Evolução Histórica do Direito Administrativo. In: 5º Seminário Nacional de Direito Administrativo. Recife: Editora NDJ LTDA. 1997.

11 BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.140.

No influxo dessas idéias, a figura do súdito ganha nova conformação, em face do surgimento dos primeiros direitos públicos subjetivos, oriundos da submissão do Estado à lei, ao mesmo tempo que se tem, com a “separação de Poderes”, a primeira manifestação do controle administrativo tal qual é hoje conhecido, dado que se atribuíram a órgãos distintos competências específicas, que não poderiam ser reciprocamente usurpadas. O próprio Direito Administrativo - como ramo autônomo da ciência jurídica - surge desta nova conformação político-social, havendo na doutrina quem lhe atribua a rubrica de “filho dileto da Revolução Francesa”.

Sob os auspícios da nova concepção acerca da potestade do Estado, sustenta-se a idéia segundo a qual, se um poder possui a competência preponderante para elaborar leis, outro, para executá-las, e um terceiro, para julgar os conflitos à luz das normas existentes, é necessário que haja um sistema de freios e contrapesos, de controles recíprocos, para evitar a sobreposição de uma função estatal à outra, e o consectário disso, qual seja, o absolutismo. É a chamada técnica dos *“checks and balances”*, desenvolvida por BOLINGBROOKE, na Inglaterra, e que encontra correspondência na pregação de CHARLES DE MONTESQUIEU:

“uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo. Para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder.”<sup>12</sup>

O Estado de Direito erige-se na Modernidade sob influência dos ideais das revoluções burguesas, assumindo, inicialmente, a feição de Estado Liberal; depois, evolui segundo a variação paradigmática do bem-estar social, estando a atual concepção amparada pelas matrizes democráticas. No Brasil, a Constituição da República de 1988, reapropriando as máximas da igualdade e da liberdade reconceitualizadas e assimilando os anseios de participação da sociedade, delineia novo projeto de Estado, mantendo as premissas da legalidade e da separação de poderes e incorporando o componente democrático.

Essa concepção gera reflexos sobre a atuação estatal, sobre as relações entre os Poderes e entre o Estado e a sociedade, quadro em que

12 Apud MADSON. The Federalist. Oxford: Max Belof ed., 1948, p. 395.

a temática do controle, agora sob inspiração democrática, ganha relevância  $\frac{3}{4}$  em especial no tocante à atividade administrativa, por natureza mesma atrelada ao Direito como função realizadora deste  $\frac{3}{4}$ , assumindo os novos contornos traçados pelos princípios que, na lição de JOAQUIM CARLOS SALGADO, informam o Estado Democrático de Direito, quais sejam: “o princípio *ontológico*, que determina a origem do poder na vontade popular, a soberania do povo; os princípios lógicos, que proporcionam a ordenação formal da estrutura de legalidade estatal no exercício do poder; e, sobretudo, os princípios *axiológicos*, que ordenam os valores a serem tornados conteúdo da declaração dos direitos fundamentais, cuja positivação, garantia e realização é a finalidade precípua deste novo modelo estatal.”<sup>13</sup>.

### III - CONCEITO

No Brasil, o emprego da palavra “controle”, de etimologia francesa, a princípio causa espécie entre os cultores do vernáculo, pouco afeitos ao galicismo. Tal resistência está presente na própria doutrina francesa, que, a seu turno, julga inconveniente a semântica difusa do termo, conforme adverte RIVERO, em 1962, no prefácio da tese de GEORGES LESCUYER:

“Mas o que é controlar? Se examinarmos bem de perto, vamos constatar, com surpresa, que essa palavra tão usual nunca foi objeto de uma definição. Ela se limita a qualificar um conjunto um tanto estranho de medidas bastante diversas; a doutrina clássica havia organizado um pouco as coisas ao distinguir o controle hierárquico do controle de tutela. Mas hoje em dia, como esse último vocábulo é considerado humilhante pelos controlados, ele vem desaparecendo em favor do termo controle, simplesmente, o que acaba por apagar o pouco de clareza que se havia conseguido para o sentido da palavra.”<sup>14</sup>

Em escólios sobre o tema, JÚLIO CÉSAR DO SANTOS ESTEVES esclarece que

“o termo deriva de ‘rôle’, significando listagem contida em pergaminhos longos, em regra enrolados, nos quais constavam registros de nomes, atos, inventários; no âmbito da Marinha, por exemplo, ‘rôle’ era o registro da equipagem, das peças de

13 Cf. *Ibidem.*, p. 116.

14 Apud DUTRA, Pedro Paulo Almeida. *Controle de Empresas Estatais*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 102-103.

uma embarcação. O 'contre-rôle' era a lista em que se efetuava o confronto com o registro original e servia para verificar os dados."<sup>15</sup>

Oportuna é a ilação feita pelo citado professor ao verificar que o termo denomina, no passado, o "que hoje, em demonstração de que continuamos a importar vocábulos, chamamos de 'chek list'".<sup>16</sup>

Tal magistério apresenta-se consentâneo com a definição formulada por EISENMANN, para quem "um controle é a operação que consiste em verificar se os objetos concretos estão conformes ou não com o esquema ideal de um objeto correto, tal como é destinado por uma norma que pode ser chamada de norma de controle."<sup>17</sup>

No Direito italiano, o caráter de "verificação" corresponde também à noção nuclear de controle, o que informa a lição de GIANNINI: "*Da noi 'controllo' há pero un 'accezione più ristretta e più autentica ed indica la verificazioni di conformità a determinati cononi dell' operato di altre figure soggetive'*".<sup>18</sup>

O certo é que, na ausência de termo mais adequado, a palavra "controle" incorpora-se ao idioma pátrio, sendo definitivamente consagrada  $\frac{3}{4}$  em sua acepção técnico-jurídica  $\frac{3}{4}$  por MIGUEL SEABRA FAGUNDES em sua insuperável obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário"<sup>19</sup>.

Do magistério de HELY LOPES MEIRELLES, colhe-se o tradicional conceito de controle administrativo, traduzido na "faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro".<sup>20</sup>

De acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico"<sup>21</sup>.

15 ESTEVES, Júlio César dos Santos. Edição do autor. 2003.

16 ESTEVES, Júlio César dos Santos. Controle da Administração Pública Municipal. In: aula ministrada no Curso de Especialização em Direito Municipal JNC - IDM, em convênio com a Universidade de Alfenas. Belo Horizonte. 2002.

17 EISENMANN, Durupty e GIANNINI, Massimo Severo, apud Pedro Paulo de Almeida Dutra. Op. cit. p.106.

18 Ibidem, p.106.

19 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: 1ª ed. 1941.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. op cit. p.632.

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas. 10ª ed., 1998 p.488.

Da conceituação formulada pelos citados juristas, ressaí o caráter de “conferência”, inerente à semântica do termo que, em sua acepção técnico-jurídica, corresponde à verificação de adequabilidade da atuação administrativa com as matrizes estruturadas pelos princípios e regras estabelecidas por um determinado sistema jurídico.

#### IV - CLASSIFICAÇÃO

No Brasil, o controle da Administração Pública encontra balizas em diversos dispositivos da Lei Maior, entre os quais sobressaem: o art. 70, a estabelecer o controle interno, de cada poder, e o externo, exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas; o art. 74, prevendo que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter controle interno de forma integrada e atribuindo a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (§ 2º); e o art. 5º, inciso XXXV, do qual se infere o princípio da universalidade da jurisdição, alçado à condição de cláusula intangível, constituindo supedâneo para o exercício do controle jurisdicional.

Apoiando-se na adoção do “critério do agente controlador”, ODETE MEDAUAR distingue as espécies de controle incidentes sobre a Administração, acenando com a existência do “controle interno”, exercido pela própria Administração sobre seus órgãos e suas entidades, e do “controle externo”, realizado por instituições políticas, instituições técnicas e instituições jurídicas<sup>22</sup>. Desta linha de raciocínio surge o fio condutor pelo qual se chega à conformação da tríade “controle jurisdicional”, “controle interno pela própria Administração” e “controle legislativo com auxílio do Tribunal de Contas”, vertentes de um arranjo complementado por mecanismos de atuação popular e cujas peculiaridades indicam a conveniência de um estudo individualizado, ao qual se procede a seguir.

Essas espécies de controle, aplicáveis no âmbito de cada uma das entidades da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), relativamente a toda a Administração  $\frac{3}{4}$  direta e indireta  $\frac{3}{4}$ , estão, como dito, disciplinadas por um plexo normativo bastante rigoroso, sendo que o art. 37 da Constituição Federal expressa os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, entre outros, que, vertidos

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*: de acordo com a EC 19/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 4ª ed., 2000, p. 442.

diretamente para o campo da Administração Pública, como dotações de normatividade superior, inspiram e condicionam a atuação administrativa - traçando-lhe as linhas de condução ideativa - e, mais do que isso, determinam cogentemente o contorno da juridicidade nesse campo.

#### IV.1 - CONTROLE JURISDICIONAL

No centro do arranjo de controle da Administração Pública, figura o controle jurisdicional, na vertente de proteção do administrado contra lesão ou ameaça ao direito. Instruída pelo princípio da unicidade e universalidade da jurisdição, essa modalidade de controle traz também por objeto a atividade administrativa em seus diversos níveis, em suas diversas manifestações, e as relações que são travadas a propósito delas.

Não há que se falar em controle jurisdicional sem trazer à baila o nome de MIGUEL SEABRA FAGUNDES, a quem mercedamente se atribuem as láureas pelo pioneirismo do estudo da temática no ordenamento jurídico pátrio. Em obra consagrada e ainda atual, o citado jurista, nestes termos, situa a modalidade em apreço:

“Quando o poder judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insumisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo.”<sup>23</sup>

Na preleção de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “a esse controle é atribuída, constitucionalmente, a palavra final sobre a lesão de direito e, mesmo à sua ameaça (art. 5º, XXXV); cabe-lhe, no Estado, o *‘last enforcing power’*, ou seja, a decisão constitutiva final que pode obrigar qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive as próprias personalizações do Estado, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa exigida em lei”.<sup>24</sup>

23 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p. 125.

24 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 168.

No Brasil, desde a instalação da Primeira República, houve, por influência norte-americana, a adoção do sistema de jurisdição única, deixando-se de lado o sistema francês e seus tribunais administrativos, ressalva feita à E.C. 7/77, de cujo teor resultou a possibilidade da criação de dois contenciosos administrativos (arts. 11 e 203), os quais - a par de nunca haverem sido implementados - acabaram afastados com a promulgação da Constituição de 1988.

Em comentários sobre a primeira Constituição Republicana (1891), já em idos de 1915, assevera RUY BARBOSA que, “ante os arts. 59 e 60 da nova Carta Política, é impossível achar-se acomodação no Direito brasileiro para o contencioso administrativo”<sup>25</sup>. O modelo de controle adotado naquele diploma é repetido nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1969, alcançando *status* de cláusula intangível na Carta Magna de 1988, por força da combinação do disposto no art. 5º, inciso XXXV - no qual se proclama que “a lei não excluirá da análise do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, com a prescrição do art. 60, § 4º, inciso IV.

Deste modo, é de se afirmar que os mencionados dispositivos constitucionais consagram, *a priori*, a inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário. Com supedâneo nessa estatuição basilar, o prejudicado, independentemente de quem seja o autor da lesão ou ameaça a direito, pode socorrer-se das vias judiciais.

Em estudos desenvolvidos pela doutrina clássica, solidifica-se o entendimento de que o controle efetivado pelo Poder Judiciário sobre os atos emanados da Administração Pública deve cingir-se a pressupostos de legalidade, jamais podendo lastrear-se em razões de mérito, afetas a medidas de oportunidade e conveniência, visto não ser dado ao juiz decidir pelo administrador. Torna-se, então, remansosa a inteligência de que maior controle do Judiciário sobre as atividades administrativas, sobretudo as atribuídas ao Executivo, acarreta o desequilíbrio dos princípios de independência e harmonia entre os Poderes, consignados no art. 2º da Constituição da República de 1988.

Registre-se, neste sentido, o magistério de DIÓGENES GASPARINI, que traduz o posicionamento clássico de que “a autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.”<sup>26</sup>.

25 Apud MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 27. ed., 2002, p. 56.

26 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 545.

Em que pese à autoridade de diversas contribuições de autores que, ainda hoje, sufragam esses limites rígidos entre os conceitos de legalidade e mérito, entre o que seja poder vinculado e poder discricionário, não se pode olvidar o surgimento de novos e consistentes trabalhos que sugerem uma ampliação do controle exercido sobre a intimidade da atuação pública, especialmente a partir da reconceitualização da discricionariedade administrativa, com respaldo na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e nos suplementos doutrinários sobre hermenêutica constitucional e interpretação principiológica.

No Direito pátrio, na vigência da Constituição de 1946, as posições marcantes de MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em voto proferido na Apelação Cível 1.422, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte<sup>27</sup> (*in* RDA/14, 1948), VICTOR NUNES LEAL (comentários ao citado acórdão, *in* RDA/14, 53 e ss. 1948) e CAIO TÁCITO (o desvio de poder em matéria administrativa, 1951), assinalam um passo importante na ampliação do controle jurisdicional para além dos quesitos de competência e forma do ato administrativo dito discricionário, adentrando os motivos e o fim deste último, considerados, a partir de então, integrantes da legalidade e não da discricionariedade ou do mérito.<sup>28</sup>

Assim, em um primeiro momento, da mera verificação da incompetência, do vício de forma, da ilicitude do objeto, passa-se à aferição do desvio de poder, bem como à apreciação da existência fática e jurídica dos motivos. Firma-se a inteligência de que não está o juiz usurpando a função do administrador ao verificar que a aparente legalidade de um determinado ato administrativo, esconde, na realidade, um procedimento desarrazoado, ilógico, contrário à ordem, à necessidade, à utilidade ou ao próprio interesse público, atitude que, em última análise, torna-se pressuposto para a efetivação do controle jurisdicional da discricionariedade.

Linha semelhante de raciocínio adota CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO nas seguintes considerações:

“Não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo, se o critério ou opção do administrador houverem

<sup>27</sup> Primeiro acórdão da jurisprudência pátria a acolher o desvio de poder. Tratava-se de desvio no exercício do poder de polícia, utilizado para proteger uma empresa de transporte coletivo, em prejuízo da empresa concorrente e dos usuários do serviço público.

<sup>28</sup> MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 173.

sido insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando, por isso, na eleição de providências desencontrada com a finalidade legal que o ato deveria servir.”<sup>29</sup>

Mais recentemente, em estudos consentâneos com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, tem-se entendido que o controle do ato administrativo discricionário, pelo critério estrito da legalidade no tocante à sua externalidade, não se mostra por si suficiente, fazendo-se necessária perquirição mais aprofundada por meio do chamado “controle da legitimidade dos atos administrativos”. Explica D’ANDRÉA FERREIRA que

“haverá, sempre, a possibilidade de existir um núcleo político de opção, que é inerente à chamada reserva administrativa (que existe, assim como a reserva legal). Mas esse núcleo está cada vez mais bem delimitado, na medida em que constatamos a realidade de que quem fixa os limites do poder discricionário é o Judiciário; é ele que, afinal, dá a última palavra quanto a se saber se aquela área que está sendo questionada é uma área que deve ficar reservada ao administrador, ou se é um aspecto que ele deva, também, apreciar.”<sup>30</sup>

Percebe-se, na atualidade, uma tendência à ressemantização do conceito de discricionariedade, com o conseqüente aumento da ingerência do Poder Judiciário sobre determinados aspectos da atuação administrativa que, até recentemente, eram afastados do controle jurisdicional, em nome de uma suposta intangibilidade meritória. Tal tendência afirma-se no tratamento que se vem dando aos atos efetivados com supedâneo naquilo que alguns autores denominam de “discricionariedade objetiva”<sup>31</sup>, traduzida em “standards”, “padrões jurídicos” e “princípios normatizados”, que, por sua vez, materializam-se sob a forma de substantivos, adjetivos e advérbios, largamente empregados na Constituição da República, a exemplo dos termos “urgência”, “manifesto interesse público”, “segurança da sociedade e do Estado”.

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O controle judicial dos atos administrativos, in RDA 152/15, abril-junho/1988.

30 FERREIRA, D’Andréa. O Controle da Administração Pública pelo Judiciário: direito aplicado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 406.

31 Ibidem, p. 407.

Neste ponto, a atuação administrativa perde, sucessivamente, caráter volitivo, para enquadrar-se no campo desafiado pela inteligência, nas circunstâncias de aplicação ao caso concreto, conforme assevera o já citado D'ANDRÉA FERREIRA:

“Por mais abstrato ou subjetivo que possa parecer um determinado padrão jurídico, cabe ao juiz dar-lhe sentido no caso concreto e, através disso, controlar a legitimidade do ato, a discricionariedade lesiva, a omissão, a ameaça, tudo isso traduzindo uma imensa ampliação dos poderes jurisdicionais em relação aos Poderes Públicos.”<sup>32</sup>

Tal inteligência surge com base na teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, já consolidada em diversos países europeus e cuja criação e desenvolvimento atribuem-se à doutrina contemporânea alemã<sup>33</sup>. Conforme sintetizam os espanhóis EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, responsáveis pela ampla divulgação da contribuição germânica:

“Para determinar com precisão o âmbito de liberdade estimativa que comporta a discricionariedade, resulta capital distinguir esta da hipótese de aplicação dos chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. A confusão de ambas as técnicas impôs à história do Direito Administrativo um gravíssimo peso, de que só recentemente começou a liberar-se. É um mérito da doutrina alemã contemporânea de Direito Público ter levado esta distinção até as últimas conseqüências.”<sup>34</sup>

Conforme assinalam os citados autores,

“a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas (...), porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração. Pelo contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de

32 Ibidem, p. 407.

33 MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 19-20.

34 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 392 e 393.

aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta), circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional.”<sup>35</sup>

Neste passo, consoante orientação doutrinal exposta, em conceitos como “urgência”, “ordem pública”, “justo preço”, “calamidade pública”, “medidas adequadas ou proporcionais”, inclusive “necessidade pública”, “utilidade pública” e até “interesse público”, a discricionariedade está excluída, considerando que, ao revés de remeterem a uma decisão livre, tais conceitos delimitam uma única solução jurídica, cuja determinação deve ser feita pela Administração Pública e cujo controle último, por ser um controle de legalidade, compete ao juiz.<sup>36</sup>

Na alçada do Poder Judiciário, por meio do aprofundamento na técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, a idéia de discricionariedade tende a reduzir-se de maneira considerável. Suas hipóteses tradicionais não mais se identificam com a idéia de isenção de controle, configurando, apenas, hipóteses de “dificuldade de controle”, tendo em vista que, em sua apreciação, não se integram aspectos diversificados. Nas palavras de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ:

“Esta é uma tendência que progressivamente se vai firmando na jurisprudência (...); tal tendência marca uma direção de desenvolvimento que é previsível se afiance e estenda definitivamente, já que esta matéria é básica para a depuração do Estado de Direito. A distinção entre discricionariedade e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no sentido que ficou exposto, resulta capital para reduzir o âmbito daquela a seus termos mais estritos e inevitáveis. Esta doutrina já está acolhida pela nossa jurisprudência (espanhola), à parte de uma multidão de aplicações singulares mais ou menos deliberadas (conceito de ruína, de justo preço, de ordem pública, de probidade, etc.).”<sup>37</sup>

35 Ibidem, p. 394.

36 Ibidem, p. 395.

37 Ibidem, p. 398.

E nisso não se há de vislumbrar contradição com a perspectiva do Direito aberto, enucleado em prescrições tendencialmente marcadas por abstração; com efeito, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados dá o suporte para a persecução do sentido essencial da normatividade aplicável em face das circunstâncias fáticas.

Ressalte-se que a teoria que busca subtrair da análise do Poder Judiciário parcela cada vez maior da atuação administrativa é própria dos regimes de exceção, nos quais a insubmissão da Administração é muitas vezes sustentada e justificada pelo alargamento das definições de discricionariedade e mérito. Tal lógica, deve-se frisar, não se coaduna com os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito, em sede do qual não há lugar para o arbítrio, a prepotência e o abuso de poder, ficando a Administração Pública tão sujeita ao império da lei e da Constituição quanto qualquer particular. Nesta linha, é significativo o excerto extraído do voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, no Mandado de Segurança n.º 20.999, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em março de 1990:

“É preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.”<sup>38</sup>

Quanto à forma de exercício do controle jurisdicional, observa-se que será sempre complexa, com a necessidade de atuação de um órgão ou agente provocador, legalmente legitimado para requerer a atuação do Poder Judiciário, ao qual, por regra, não é dado agir de ofício.

Os mecanismos de acesso ao Poder Judiciário constituem, portanto, instrumentos essenciais ao controle jurisdicional da publicidade, legalidade, moralidade e probidade na gestão da *res pública*. Tais mecanismos se fazem consectários do direito de ação, a ser exercido pelas vias do procedimento ordinário<sup>39</sup>, ou por meio de procedimentos específicos, aos quais a doutrina costuma se referir com a denominação de “remédios constitucionais”<sup>40</sup>. Entre

38 RDA 179-180/117, janeiro-junho/1990.

39 “ações processuais comuns, utilizadas, normalmente, por particular contra particular, em relações jurídicas horizontais, mas deslocadas, por exceção, para o controle jurisdicional do ato administrativo (...)”. CRETELLA JÚNIOR, José. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 337-338.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 509.

estes últimos, incluem-se o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade e, por derradeiro, a ação civil pública, com a ressalva no tocante à sua caracterização. O cunho propedêutico do presente estudo, no entanto, torna desnecessária a análise pormenorizada dos aludidos mecanismos.

#### **IV. 2 - CONTROLE INTERNO EXERCIDO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO**

O controle interno é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, com o escopo de adequá-las à lei e aos parâmetros da juridicidade administrativa, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômico-sociais de sua realização.<sup>41</sup>

No entender de ODETE MEDAUAR, “a função de controle sobre si própria apresenta-se inerente à atividade administrativa, havendo, inclusive, órgãos ou funcionários dotados dessa atribuição específica, por exemplo: supervisores, inspetores, corregedores.”

Trata-se de um sistema de controle exercido em largo e abrangente espectro, efetivando-se tanto no âmbito da legalidade - que deve ser entendida como legalidade ampla - quanto no do mérito, cabendo à Administração Pública fiscalizar, suspender, alterar, confirmar, convalidar, anular ou revogar os atos por ela praticados.

O controle interno constitui corolário do princípio da autotutela, ao estabelecer que a Administração Pública tem o dever de zelar pela legalidade, moralidade e eficiência de seus atos, condutas e decisões, bem como pela conformidade desses ao interesse público, podendo anulá-los ou convalidá-los a depender da natureza dos vícios que apresentem, e revogá-los, caso entenda que os mesmos são inoportunos e inconvenientes, independentemente da atuação do Poder Judiciário.<sup>42</sup> Neste sentido, a Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal constrói o entendimento de que

“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se

41 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 637.

42 Cf. ZANOBINI, Guido. Curso de Derecho Administrativo: parte geral. Buenos Aires: Arayú, 1954. P. 373 e ss.

originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Na preleção de GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS FERNANDEZ, a autotutela constitui “um privilégio subjetivo da Administração, que a utiliza quando for necessário, mas não necessariamente em todos os seus atos jurídicos,”<sup>43</sup> idéia a ser retemperada com a noção de poder-dever da Administração, que desafia a medida exata para o caso concreto.

Há quem vislumbre na mencionada prerrogativa uma extrapolação, de índole autoritária, da construção do regime jurídico-administrativo, como é o caso de MENELICK CARVALHO NETTO. Conquanto sejam carentes de legitimidade, no atual contexto, diversas matrizes do Direito Administrativo, não se pode negar valia à máxima da autotutela; o que se faz urgente é a (re)construção da base de justificação da normatividade, dos conceitos e elementos dos institutos que a instrumentalizam, em paralelo com a apropriação de novas técnicas argumentativas de aplicação, sob a inspiração principiológica do paradigma democrático, num processo que, avançando na perspectiva de abertura e imparcialidade do Direito, retome todo seu instrumental de forma reflexiva e criativa. Daí por que se deve sondá-la em suas bases e auscultar-lhe as novas tendências.

DIOGO MOREIRA DE FIGUEIREDO NETO define a autotutela como um “controle interno, de legalidade objetiva, só excepcionalmente de legalidade subjetiva, exercitável por instrumentos diretos ou indiretos, *ex officio* ou provocado, de fiscalização ou de correção e, esta última, tanto de anulação quanto de sanção.”<sup>44</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, como visto, o controle interno materializa-se principalmente sob a forma de anulação dos atos administrativos, assumindo ares de verdadeiro “poder-dever”, vinculado ao princípio da legalidade ampla, e sob a forma de revogação, adstrita a motivos de oportunidade e conveniência, que devem sempre guardar consonância com os princípios da finalidade e do interesse público.

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R. Curso de Derecho Administrativo. Madri: Civitas, 2000, t. 1, p.372.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 164.

A par da revogação como controle de mérito e da anulação do ato administrativo como forma de restauração da ordem jurídica e da imposição do princípio da legalidade, a convalidação, tratada com ênfase na doutrina mais recente, ganha positividade, no âmbito da União, por força do art. 55 da Lei n.º 9.784/99, como mecanismo concorrente para tal mister. Estudiosa do tema, WEIDA ZANCANER sobre ele se pronuncia nos seguintes moldes:

“Em tese, poder-se-ia supor que o princípio da legalidade imporia sempre à Administração o dever de invalidar seus atos eivados de vícios, para restaurar a ordem jurídica por ela ferida. A suposição todavia não procede, pois a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado, quanto pela correção de seu vício. Em uma e outra hipótese a legalidade se recompõe.”<sup>45</sup>

Segundo a autora, à convalidação deve-se atribuir precedência em relação à invalidação, tendo em vista que aquela, ao contrário desta, não visa apenas à restauração do princípio da legalidade, mas também à estabilidade das relações constituídas, alicerçando-se tanto no princípio da legalidade quanto no da segurança jurídica.<sup>46</sup>

Tais atos, além de outros, como a cassação e a contraposição, expressam a chamada autotutela, que se exercita pelos diversos mecanismos de controle interno, segundo o magistério de ODETE MEDAUAR: os recursos administrativos, pelos quais a Administração é provocada a rever seus próprios atos; a fiscalização exercida pela própria autoridade responsável pela edição do ato ou adoção da medida; o controle hierárquico, verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados; a inspeção, auditoria e correição, destinados a oferecer informações e dados sobre os serviços controlados de autoridades com poder de decisão nos respectivos setores; os pareceres vinculantes nos casos em que a norma condiciona a validade de determinada decisão ao parecer previamente emitido por órgão jurídico ou técnico; a ouvidoria, ou outro órgão ou autoridade de controle interno sob designativo

45 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ZANCANER, Weida, et al. Direito administrativo na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 50.

46 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ZANCANER, Weida, et al. Direito administrativo na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 51.

semelhante; e, finalmente, o controle financeiro, exercido nos termos do art. 74 da Constituição da República, que determina a manutenção de controle interno de forma integrada, por parte dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Alguns autores incluem neste rol a “supervisão ministerial”, também denominada “tutela” ou “controle finalístico”, um meio atenuado de controle aplicado pela Administração direta sobre as entidades da Administração indireta vinculadas a um determinado ministério ou secretaria, visando apenas a mantê-las fieis as suas finalidades institucionais<sup>47</sup>. A “supervisão ministerial”, deve-se frisar, não exclui a autotutela que essas entidades devem desenvolver em seu próprio âmbito.

#### **IV.3 - CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO LEGISLATIVO COM AUXÍLIO DO TRIBUNAL DE CONTAS**

A atividade de controle pelo Parlamento integra hoje o rol dos poderes-deveres da instituição legislativa, que deve atuar de modo espontâneo ou mediante representação dos interessados.

O controle externo pode ser dilargado e tonificado pela integração de mecanismos potentes com os quais a função fiscalizadora se realça, colocando-se em pé de igualdade com a função criadora do direito  $\frac{3}{4}$  a legislativa  $\frac{3}{4}$ , que tradicionalmente monopoliza o esforço das casas legislativas. Esse caminho encontra amparo no art. 49, inciso X, da Constituição da República, em que se atribui expressamente ao Congresso Nacional a competência exclusiva para “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. Não há que subsistir, portanto, o indisfarçável desprezo, até recentemente identificado, pela função de controle político-representativo da atuação do Executivo, tradicionalmente exercida com espreque em insatisfatórios dispositivos infra-constitucionais.<sup>48</sup>

Em face dos termos em que se apresenta a disciplina constitucional atualmente aplicável à matéria, tornam-se especialmente oportunas as palavras de MANUEL ANDREOZZI, para quem o controle legislativo

“não é uma faculdade inferior ou adjacente à de editar leis; pelo contrário, é fundamental e necessária à própria elaboração das

<sup>47</sup> Vide Decreto Lei n.º 200/67.

<sup>48</sup> Vide Lei n.º 6.223 de 14/07/75, alterada pela Lei n.º 6.525 de 14/04/78; e Lei n.º 7.295 de 19/12/84.

leis, a fim de que o Legislativo conheça como funcionam os outros órgãos, sobretudo do Executivo, em relação ao qual exerce amplo controle. Não se pode dizer que essas funções essenciais, que são consequência da natureza mesma das Câmaras Legislativas, sejam faculdades incidentais ou acessórias. A nosso juízo, são faculdades fundamentais, transcendentais, de amplíssima projeção.”<sup>49</sup>

A relevância de tais faculdades advém da própria lógica do sistema de especialização funcional do poder, uma vez que, cabendo ao órgão legislativo criar as leis, a ele também se deve reconhecer a atribuição de fiscalizar seu cumprimento pelo Executivo.<sup>50</sup>

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, aduzindo ser o controle legislativo exercido sobre um largo espectro de atividades, atribui-lhe natureza dúplice, dividida entre o controle político e o controle financeiro: o primeiro, exercido diretamente com a participação das duas Casas Legislativas, em conjunto ou separadamente; o segundo, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Poder Legislativo, nos termos da Constituição da República.<sup>51</sup>

Entre os meios de controle político nas três esferas de governo, incluem-se o pedido escrito de informação e convocação de autoridade federal, estadual ou municipal para prestar esclarecimentos sobre fatos sujeitos à fiscalização (Constituição da República: art. 50, § 2º, e art. 58, § 2º, III; Constituição do Estado de Minas Gerais: arts. 54, §§ 2º e 3º, e 60, § 2º, IV); a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (Constituição da República: art. 49, V; Constituição do Estado de Minas Gerais: art. 62, XXX); a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito para apuração de fato determinado e encaminhamento das conclusões ao Ministério Público (Constituição da República: art. 58, § 3º; Constituição do Estado de Minas Gerais: art. 50, § 3º; Lei Federal n.º 1579/52).

A seu turno, o controle financeiro materializa-se na fiscalização das contas anuais, apresentadas pelo Chefe do Executivo, e na fiscalização

49 ANDREOZZI, Manuel. *Faculdades Implícitas de Investigación Legislativa y Privilegios Parlamentarios*. Buenos Aires, 1943, p. 12.

50 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 727.

51 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro, 2003, p. 798–800.

das contas prestadas pessoalmente pelos responsáveis pela aplicação de dinheiro público. A primeira categoria está prevista no art. 71, inciso I, da Constituição da República e a segunda, no inciso II do mesmo artigo.

Para o cumprimento deste mister, conta o Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas, órgãos autônomos dos quais cuida o texto constitucional no capítulo referente ao Poder Legislativo e na seção dedicada à fiscalização financeira e orçamentária. A estes órgãos são remetidas as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, para que sejam previamente examinadas, seguindo-se a emissão de “parecer prévio”, no qual pode ser recomendada a sua aprovação integral, parcial ou a rejeição total. *Ipsa facto*, cabe ao Legislativo julgar as contas prestadas, acatando ou rejeitando o parecer técnico do órgão de Contas. É de se notar, por conseguinte, que, mesmo no âmbito do controle financeiro, sobreleva o controle político, não raras vezes a contrariar o parecer de cunho técnico elaborado em sede do órgão competente, ou sobrepor-se a ele.

É também da competência dos Tribunais de Contas proceder ao julgamento das contas apresentadas pelos demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração direta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do já citado art. 71, II, da Constituição da República. Ressalte-se, no entanto, que o exercício dessa atribuição ocorre, por regra, sem a intervenção do Poder Legislativo. O julgamento de tais contas é efetivado pelo próprio Tribunal, a quem cabe apurar eventual quantia a ser devolvida aos cofres públicos, ressaltando-se que, nos termos do art. 71, § 3º, da Constituição Federal, as decisões do Tribunal das quais resulte imputação de débito ou multa possuem eficácia de título executivo.

Em que pese à inegável importância assumida pelo controle parlamentar no atual cenário jurídico e político, não se pode, entretanto, levar a extremo o seu exercício, que, advirta-se, deve encontrar limites no regime de separação das funções do Estado, com vistas a evitar a ingerência inconstitucional de um Poder sobre o outro. É imperioso, para tanto, que a efetivação dos atos de controle se dê com estrita observância das regras traçadas pela Constituição da República. Nesta linha de raciocínio, CAIO TÁCITO assevera que “o controle do Legislativo sobre a Administração Pública, especialmente nos governos presidencialistas, é

caracteristicamente de efeito indireto. Não pode o Congresso anular atos administrativos ilegais, nem exercer sobre as autoridades executivas poderes de hierarquia e tutela”.<sup>52</sup>

Nada obstante, em pelo menos uma hipótese parece ter o constituinte claramente permitido a ingerência direta do Poder Legislativo sobre os atos da Administração Pública, excepcionando a regra geral do controle indireto ao conferir ao Congresso Nacional a competência para “sustar os atos normativos do Poder Executivo, quando exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, nos termos do art. 49, inciso V, da Constituição da República. No âmbito federal, esta sustação pode se dar de ofício, ou por representação do interessado junto ao Congresso nacional, dependendo, no âmbito Estadual e Municipal, do que estabelecer a respectiva Constituição Estadual e Lei Orgânica local.<sup>53</sup>

É de se registrar, também, que a utilização dos diversos mecanismos de controle parlamentar no âmbito dos três entes federados  $\frac{3}{4}$  União, Estados e Municípios  $\frac{3}{4}$  encontra-se rigidamente adstrita ao princípio do “paralelismo federativo”. Isso equivale a dizer que os mecanismos de controle a serem utilizados pelo Congresso nacional, pelas Assembléias Legislativas e pelas Câmaras de Vereadores devem guardar entre si estreita simetria, refletindo o conteúdo matricial da Constituição da República. Assim sendo, não é permitido inserir nos textos das constituições estaduais e das leis orgânicas municipais prescrições que estabeleçam imposições não contempladas na Lei Maior.

A presença do paralelismo federativo é nitidamente visualizada na análise sistemática do texto Constitucional, sobretudo quando se observa o teor dos dispositivos que traçam a conformação estrutural do controle parlamentar no âmbito dos municípios.

Assim sendo, o art. 31 do Texto Magno prevê a fiscalização do Município, que deve ser exercida - mediante controle externo - pelo Poder Legislativo (Câmara de Vereadores), com auxílio dos Tribunais de Contas. Tal dispositivo é complementado pelo art. 29, inciso XI, em que se prevê que a organização das funções legislativa e fiscalizadora da Câmara Municipal deve integrar os preceitos obrigatórios das leis orgânicas locais. Observe-

52 TÁCITO, Caio. O Abuso do Poder Administrativo no Brasil. Rio de Janeiro: ed. DASP, 1959, p. 39.

53 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 666.

se, portanto, que o controle externo a cargo das Câmaras de Vereadores ganha expressão já no Texto Magno que, simultaneamente, traça em outros dispositivos as linhas diretivas do seu exercício no âmbito da União e dos Estados, sinalizando com a obrigatoriedade de que a matéria seja simetricamente disposta nas leis orgânicas municipais, bem como nas Constituições dos Estados.

Sobreleva, portanto, o caráter “decorrente” da faculdade de auto-organização municipal (art. 29, *caput*, da Constituição da República), resultante da estrutura federativa do Estado brasileiro e do sistema presidencialista de governo, a afastar qualquer limitação de um órgão de Poder por outro, ou vasocomunicação entre eles, que não encontre símile no Código Máximo. Símile direto, eis que não se pode dizer símile literal, já que a estruturação do poder local não é idêntica à federal.<sup>54</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo inconstitucionais os dispositivos contidos em leis orgânicas municipais (por controle difuso) e em constituições estaduais (por controle difuso e concentrado), nos quais se faculta à Mesa do órgão legislativo promover a convocação do Chefe do Executivo  $\frac{3}{4}$  Governador ou Prefeito  $\frac{3}{4}$  para pessoalmente prestar esclarecimentos. A inconstitucionalidade de tal previsão, conforme se infere dos arestos em que o tema é versado, emana da ausência de similitude para com o texto da Lei Maior, cujo art. 50 atribui ao Congresso Nacional a competência para promover a convocação de Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, estando ausente a autorização para convocar-se o próprio Presidente.<sup>55</sup>

Com a propriedade de quem há muito se debruça sobre o estudo do tema, JOSÉ NILO DE CASTRO assevera que

“a obrigatoriedade de o Prefeito comparecer à Câmara (Plenário ou Comissões), iniludivelmente implica imposição de permanente estado de sujeição de um poder a outro. Ademais, porque a Lei Fundamental, sede

54 STF – Representação n. 1064. RDA 149/70.

55 “Ementa – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar. Dispositivo da Constituição do Estado da Bahia que prevê a convocação, pela Asssembléia Legislativa, para prestar pessoalmente informações sobre assunto determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. *Fumus boni juris* que se demonstra com a afronta ao princípio de separação e harmonia de Poderes, consagrado na Constituição Federal. *Periculum in mora* evidenciado no justo receio do conflito entre Poderes, em face de injunções políticas.” STF, ADIN n. 111-6 – BA, DJ 24/11/89.

das competências, fixou a zona de determinação e o conjunto de limitação à capacidade organizatória dos Municípios, igualmente ordenou ao poder organizatório  $\frac{3}{4}$  constituinte municipal  $\frac{3}{4}$  derivado a observância dos princípios que enuncia explícita ou implicitamente.”<sup>56</sup>

É de se concluir, portanto, não haver neste mister espaço para imposições desprovidas de arrimo no texto da Constituição da República, uma vez que, em se tratando de mecanismos de efetivação do controle parlamentar no âmbito estadual, e especialmente no âmbito municipal, os pressupostos, limites e alcances já foram previamente construídos pelo constituinte originário.

A independência e a harmonia dos Poderes pressupõem o sistema de freios e contrapesos, cujo objetivo primordial é evitar arbítrios, desmandos e desvãos jurídicos de um Poder em face do outro; é dizer: não pode o instituto do controle parlamentar, sob pena de irreparável lesão às bases de legitimidade do sistema jurídico-político, funcionar como meio de sobreposição dos Poderes.<sup>57</sup>

#### **IV.4 - CONTROLE POPULAR**

No primeiro pós-guerra (1918), surge, no hemisfério ocidental, mais especificamente no centro-oeste da Europa e na América do Norte, a tendência de reconhecimento, pelos governos, dos direitos sociais dos trabalhadores, que, a seu turno, procuram ampliar o rol de suas conquistas, mediante mobilizações e pressões. A maior consciência dos direitos de cidadão e dos direitos de classe acarreta a luta por maior espaço de influência nas instâncias decisórias do Estado.

Com o propósito de influenciar políticas públicas de materialização de direitos sociais, movimentos populares vão-se organizando. É evidente que um regime assentado unicamente sobre o dogma do mandato tende a repelir formas de participação direta da população, por julgá-las incompatíveis com o exercício da representação. Daí por que os movimentos populares, no Estado Social, têm caráter reivindicatório, propugnando por inclusão material, e orientam-se pelo ânimo de resistência. Não obstante, apesar das tensões, e mesmo por causa delas, vai sendo firmada a convicção acerca não somente da possibilidade, como também da necessidade da

<sup>56</sup> CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 73.

<sup>57</sup> STF RE. 125/414.

coexistência complementar das formas diretas e indiretas de participação popular, como meio de intervenção nos mecanismos de tratamento dos interesses gerais e, notadamente, de ampliação da esfera pública para defesa de interesses difusos. Sindicatos, associações e demais entidades não governamentais passam então a atuar paralelamente a partidos e parlamentos, com vistas ao compartilhamento das decisões relacionadas com a definição e implementação de políticas públicas, ampliando o campo de discussão dos direitos metaindividuais. Preparam-se, assim, bases mais sólidas do controle direto da atuação estatal.

No Brasil, a matéria referente ao controle popular não é virgem no Direito. A ação popular já havia sido consagrada no texto constitucional de 1934 e a Constituição do Império (art. 178, inciso 30) já previa - em padrões razoavelmente avançados para a época - o direito de petição.

O tema, entretanto, se enriquece na Constituição vigente, que nasce sob várias linhas de inspiração e - pela capilaridade do seu texto - abriga interesses e anseios da sociedade, refletindo uma série de compromissos, entre os quais, e com extraordinária força, o da cidadania. É o que se infere, de imediato, do seu art. 1.º, parágrafo único, que, inovando, registra convocação eloqüente ao exercício do poder de forma direta pelo povo. Isso conforma, por si só, novo fenômeno político-jurídico.

A cidadania é instrumentalizada, basicamente pelo art. 5º, que pode ser considerado o seu próprio estatuto, cujos comandos indicam caminhos para que a linha participativa possa realizar-se, mediante a previsão de legitimidades extraordinárias e substitutivas - em termos políticos e processuais - e dos respectivos mecanismos legais de efetivação.

A par dos instrumentos já tradicionais de controle da Administração Pública pela via judicial, como o mandado de segurança e a ação popular (esta vinculada à cidadania), a Constituição da República de 1988 trouxe a lume inúmeros mecanismos para participação dos cidadãos na gestão pública, entre os quais merecem citação: o direito de petição para defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, "a"); o direito a certidões<sup>58</sup> (art. 5º, XXXIV, "b"); o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); o *habeas data* (art. 5º, LXXII); o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III); a cooperação das associações representativas no

<sup>58</sup> Prazo improrrogável de 15 dias; Lei Federal n.º 9.051, de 18/5/95.

planejamento municipal (art. 29, XII); o exame e a apreciação das contas dos Municípios por qualquer contribuinte (art. 31, § 3º); a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação (art. 10); a denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas, por cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, § 2º); a ampliação da legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade para sindicato ou entidade de classe (art. 103, IX); a gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); entre muitos outros.

Conforme se percebe, vai longe o rol de mecanismos de integração direta da vontade do povo ou da sociedade civil nas decisões administrativas de caráter prestacional ou de controle, atualmente oferecidos pelo Texto Constitucional aos cidadãos, partidos políticos e associações diversas, fato esse a indicar - conforme o magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO - que, “embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele na medida em que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo.”<sup>59</sup>

Ressalte-se que parte da doutrina insiste em atribuir a esta modalidade de controle a rubrica de “controle interno com participação do administrado”<sup>60</sup>, negando-lhe natureza autônoma. Tal inteligência, contudo, apresenta-se em discrepância com os princípios informadores do Estado Democrático de Direito, sob cuja égide não se pode negar à participação ativa do cidadão o *status* de função controlatória, não só da Administração Pública, como do Governo, mormente quando a cidadania é erigida à categoria de princípio fundamental, nos termos do art. 1º, inciso II, da Constituição da República de 1988. Independentemente dos arranjos institucionais do controle interno, e a despeito do perfil de gestão delineado na prática político-administrativa, o controle pelo cidadão ou administrado deve encontrar guarida no campo da democracia e do Direito, nos termos de uma responsabilidade política estendida e de uma responsabilidade administrativa igualmente ampliada.

Negar-se independência à participação popular no exercício do controle da Administração Pública equivale a fazer tábula rasa dos elementos que, na lição de CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA, “marcam, essencialmente,

59 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 488.

60 Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.231.

a concepção do Estado Democrático de Direito, a saber, o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do ser humano pelo Direito do Estado e a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito.”<sup>61</sup>.

Se não são suficientes tais argumentos, restam, para reforçá-los, as desaprazíveis lembranças dos “movimentos revolucionários”, que, em passado recente, tomando de assalto o poder, afastaram as garantias da sociedade em relação ao Estado e, em nome da chamada “ideologia da segurança nacional”, exploraram práticas políticas e administrativas totalitárias, fazendo verdadeiro desmonte da democracia e de suas instituições mais importantes, em eloqüente manifestação da arbitrariedade e ilegalidade do Direito do Estado. Mais que a superação de um tal patamar de arbitrariedade, sob o paradigma democrático, impõe-se a compreensão do Direito como auto-imposição social, o que projeta a exigência de legitimidade no plano de aplicação, com o consectário controle popular. Em outras palavras, é o que aduz RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “o Estado de Direito, substancialmente democrático, depende da eficácia do controle social sobre o poder, sob pena do perecimento de suas instituições básicas.”<sup>62</sup>.

Fracassado o modelo autoritário de relações, compreende-se a importância de matrizes relacionais abertas, o que JÜRGEN HABERMAS, em sua concepção jurídico-procedimentalista de democracia, preconiza com a chamada “racionalidade discursiva” das decisões tomadas no âmbito do Estado Democrático de Direito, vinculando a legitimidade da atuação estatal à possibilidade de participação de todos os interessados<sup>63</sup>. Esta lógica participativa é abrangida pela temática da “processualidade ampla”, cuja teorização é apresentada por ODETE MEDAUAR. Segundo a autora,

“mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o

61 ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 75.

62 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 1998, p. 05.

63 HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tarus, 1987.

poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição do interesse público oposto a interesse privado”.<sup>64</sup>

O estudo da “processualidade ampla”, tomando o “procedimento” como gênero, demonstra, de outro giro, que, no tocante à prática administrativa, nenhum ato surge abruptamente ou se apresenta ao mundo jurídico de forma pronta e acabada. Ao contrário, o surgimento dos atos administrativos, correspondendo ao iter de concretização de prerrogativas em nível sub-legal, não se dá de forma instantânea; a “atualização” do poder-dever, transfundido-se em ato, é precedida de todo um tensionamento de interesses, a configurar uma espécie do gênero “procedimento”. Neste intervalo do “fazer-se ato”, a aplicação da lógica discursiva esposada por JÜRGEN HABERMAS traz a oportunidade de participação daqueles que irão suportar os efeitos oriundos do resultado final. O percurso para “atualização” do poder-dever, fenômeno anteriormente restrito e internalizado nos recônditos da Administração Pública, torna-se objeto de controle externo, contribuindo para a consolidação daquilo que DIOGO MOREIRA DE FIGUEIREDO NETO chama de “Administração Pública Consensual”. Conforme preleciona o autor,

“a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).”<sup>65</sup>

É de se concluir, por conseguinte, que, nos atuais quadrantes democráticos, o Direito se legitima à medida em que concede aos sujeitos de direitos a oportunidade de participar dos processos de criação e aplicação das normas a que serão submetidos, o que pressupõe uma compreensão procedimentalista do atual paradigma de Estado Democrático. Sob esse prisma, a trajetória percorrida na elaboração dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais se apresenta como importante objeto de controle

64 MEDAUAR, Odete. A processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 67.

65 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

- popular sobre a atuação estatal, o que, em última análise, se compatibiliza com o novo conceito de democracia, segundo o qual, o cidadão, a par de eleger seus governantes, deve possuir a faculdade de influenciar e participar das decisões e ações do governo, numa perspectiva ampliativa da responsabilidade do planejamento, da gestão e do controle das políticas públicas em especial.

## V – TENDÊNCIAS ATUAIS

Conforme se percebe, o presente estudo se apóia nas atuais tendências doutrinárias, com realce para a hermenêutica constitucional, objetivando a conformação do tema aqui tratado aos princípios acolhidos pelo Constituinte de 1988, os quais devem ser considerados como normatividade cogente, a direcionar o processo de atualização e interpretação das leis.

### *Direito por princípios*

No Brasil, apoiada na teoria de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, pioneiros no reconhecimento da normatividade dos princípios<sup>66</sup>, GERMANA OLIVEIRA MORAES tem-se distinguido ao tratar do tema no âmbito do Direito Administrativo. Na lição da autora, “como fruto da constante e renovada relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ‘direito por regras’ do Estado de Direito cedeu lugar, no constitucionalismo contemporâneo, ao ‘direito por princípios’”. Assim, “com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo deste final de século XX, reconhece-se, além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos princípios em relação às regras.”<sup>67</sup>.

Nas palavras de PAULO BONAVIDES, “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios; a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero e as regras e os princípios, a espécie.”<sup>68</sup>

Admitido, porém, o caráter deôntico dos princípios, e assentada a teorização a respeito da dicotomia entre princípios e regras no quadro da normatividade, o grande desafio é o da aplicação daqueles, especialmente em plano de concorrência para adequada solução de casos concretos.

66 DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

67 MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 19-20.

68 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 259.

### Reconceitualização de legalidade

Na esteira de nova tendência, os paradigmas de controle da Administração Pública ganham outros contornos, traçados pela compreensão de cogência dos princípios e da superação da noção de direito fechado como corpo de regras. Sob tal lógica, o princípio da legalidade adquire compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo Soto Kloss), de modo a fazer prevalecer o fim do Direito sobre a literalidade da lei.

### *Democratização de práticas políticas*

No âmbito político, faz-se crescente a conjugação de mecanismos de participação direta nas decisões estatais, instrumentalizada por audiências públicas, conselhos e assembleias participativas, instauração de plebiscitos e referendos, coletas de opinião, debates público, colegiados públicos, co-gestão de órgãos ou entidades, entre outros; tudo a indicar uma inflexão do chamado “constitucionalismo tutelar”, “correspondente à projeção do Estado sobre a sociedade e a um Executivo centrífugo, tendendo a se estender sobre as demais instituições públicas e relações sociais.”<sup>69</sup>.

De todos os institutos criados para a participação popular, as audiências públicas apresentam-se, na preleção de DIOGO MOREIRA DE FIGUEIREDO NETO, “como um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica de quem queremos que nos governe, mas, muito mais do que isso, uma escolha permanente de como queremos ser governados.”<sup>70</sup>.

CARLOS FREDERICO GUSMAN PEREIRA<sup>71</sup>, além de defender a valia dos modelos de controle da sociedade sobre a Administração Pública atualmente delineados na Constituição Federal, pugna pela institucionalização de uma instância de caráter popular que, com autonomia em relação às estruturas públicas estatais, se legitime como expressão da esfera pública não governamental, informada por regime próprio, que, a sua vez, garanta a efetividade dos provimentos sociais controlatórios.

69 LOPES, Júlio Aurélio Vianna. Tradição, democracia e cidadania. Revista Del Rey Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, Ano 5, n. 12, 4º trimestre de 2003, p. 40.

70 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 205.

71 Advogado e Procurador da Assembléia Legislativa de Minas Gerais.

A estruturação de mecanismos participativos cada vez mais eficientes revela-se consonante com o apelo da responsabilidade estendida<sup>72</sup>, tônica dos trabalhos atualmente desenvolvidos no ramo da Ciência Política, sugerindo-se uma maior amplitude do exercício das funções decisórias, que se desprendem do centro de competências exclusivas de agentes políticos, para serem compartilhadas por todos aqueles que sofrerão os efeitos da atuação estatal. Tal sistemática indica a institucionalização política que canaliza as projeções da sociedade sobre o Estado e formula um Executivo centrípeto, tendente à atração e à mobilização das outras instituições públicas e do cidadão, não mais controlando, mas absorvendo a dinâmica da sociedade, com a subjacente desconcentração do foco de incidência da responsabilidade pelos efeitos oriundos da atuação do Estado.<sup>73</sup>

A expressão “Executivo centrípeto”, contudo, deve ser entendida não como mero mecanismo de indução à participação, mas como técnica de abertura do espaço governamental às influências sociais. Desse modo, cabe ao Estado apoiar a participação, criar canais que assegurem o câmbio permanente entre as esferas públicas, governamental e não governamental, e, sobretudo, respeitar as decisões e soluções obtidas de forma cooperada.

#### *Administração pública consensual*

Sob a lógica da “administração pública consensual”, defendida por DIOGO MOREIRA DE FIGUEIREDO NETO, a participação ampla dos cidadãos democratiza o funcionamento da Administração; permite a “atualização” da lei de forma mais geral e menos arbitrária; favorece o desenvolvimento de políticas públicas compartilhadas, inclusivas e responsáveis, o que, a par de implicar maior eficácia e legitimidade, facilita e aperfeiçoa o controle exercido pela sociedade sobre a Administração Pública.<sup>74</sup>

#### *Ênfase sobre os controles preventivos*

As chamadas “formas de controle *a priori* - ou de controle prévio ou preventivo - ganham destaque como vantajosa forma de fiscalização da atividade administrativa. Realizando-se antes da eficácia da medida ou decisão questionada, tais mecanismos controlatórios garantem o melhor direcionamento da aplicação de recursos públicos, afastam os riscos do

72 Sobre a “teoria da responsabilidade estendida” vide STARK, David; BRUSZT, Laszlo. Enabling constraints: fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 13, n. 36, fev. 1998.

73 Ibidem, p. 40.

74 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

“experimentalismo” e com isso evitam os dispendiosos processos de correção e redirecionamento de políticas públicas equivocadas. O investimento na capacidade técnica e na autonomia funcional relacionada com o controle preventivo apresenta-se, portanto, como verdadeiro aporte para a garantia de estabilidade das instituições e sustentabilidade das políticas públicas.

É a chamada “vocação preventiva” de todo o sistema de controle, que, na concepção de GUY BRAIBANT, NICOLE QUESTIAUX e CELINE WIENER, “deve suscitar na própria administração uma deontologia que previna o arbítrio, e esta deontologia deve, no final das contas, fazer parte do funcionamento normal dos serviç os públicos.”<sup>75</sup>

Tal marca preventiva deve informar não apenas o controle interno como também o controle externo, notadamente o político e o financeiro. A Constituição Federal traz inúmeros exemplos dessa forma preventiva de controle, com realce para as auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União, com amparo no art. 71, IV, e para as diversas hipóteses em que os atos do Poder Executivo se sujeitam   autorização ou aprovação prévia do Congresso Nacional, tais como: a “aliena o ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares” (art. 49, XVII), a “concessão e renovação de concessão de emissora de r dio e televisão” (art. 49, XII), as “iniciativas (...) referentes a atividades nucleares” (art. 49, XIV), entre outros.

Não se pode menosprezar também a eficácia de mecanismos preventivos de controle jurisdicional representados pelas medidas cautelares e outras com vistas a evitar consuma o de situações lesivas ao patrim nio público,   moralidade administrativa e aos direitos individuais, coletivos e difusos.

### *Amplia o da abrangência do controle exercido pelo Tribunal de Contas*

O controle financeiro, a seu turno, exercido pelos tribunais de contas, vem rompendo os clássicos limites da verificação formal dos atos de administração, para adentrar as razões meritórias destes últimos, o que se efetiva em nome da concretização da idéia de sucesso dos objetivos e adequa o dos meios para alcançá-los.

<sup>75</sup> BRAIBANTE, Guy; QUESTIAUX, Nicole; WIENER, Celine. *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, 1973, p. 219.

Cabe assinalar também que o caráter de título executivo reconhecido a certas decisões da Corte de Contas, em especial aquelas que resultem em imputação de débito ou multa, constitui fator determinante do fortalecimento da atuação do controle externo, garantindo eficácia às imposições decorrentes de seu mister fiscalizatório, consoante dispõe o art. 70, § 3º, da Constituição Federal.

Igualmente, deve-se registrar que a ênfase dada aos controles apriorísticos direciona o esforço do órgão técnico de controle para a prevenção de práticas desconformes, a eliminação de fatores prejudiciais à consecução da finalidade pública e a proposição de medidas de aperfeiçoamento da prática administrativa do ponto de vista contábil, operacional e técnico, entre outros.

#### *Ampliação do Controle Jurisdicional*

No campo do controle jurisdicional, a ênfase na preservação dos princípios constitucionais alimenta a ruptura com antigos axiomas, pondo em foco a análise do caso concreto, com a possibilidade  $\frac{3}{4}$  até então inconcebível  $\frac{3}{4}$  de afastar-se a aplicabilidade da lei a dadas situações que só na aparência se ajustam à disposição legal, sob a consideração de que a lei genericamente justificada só pode ter incidência sobre situações concretas que com ela se confortem.

A revisão do conceito de discricionariedade, visando à adequação de seus limites ao novo paradigma democrático, conduz ao estreitamento da esfera de reserva de mérito das decisões e dos atos administrativos, para o que em muito tem contribuído a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, haurida na doutrina alemã e difundida pelos autores espanhóis EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ.

#### *Fortalecimento do papel do Ministério Público*

Outro tópico de relevância na temática do controle é o papel atualmente desempenhado pelo Ministério Público, que ganha, com a Constituição Federal de 1988, caráter institucional autônomo. Por força do novo arranjo constitucional e infraconstitucional, a este órgão é conferida maior legitimação para o exercício da função de controle dos atos da Administração Pública, levada a efeito não apenas por intermédio do Poder Judiciário, mas principalmente de forma extrajudicial, mediante a instauração de inquéritos civis, celebração de termos de ajuste de conduta, notadamente.

O controle exercido por esta instituição, até então conformado aos limites da legalidade estrita, assume, cada vez mais, características de controle de finalidade, em cotejo com normas principiológicas consagradas no ordenamento jurídico, apresentando-se, de outro giro, como mais uma alternativa para realização da participação popular, no resguardo da efetividade das opções regulativas da sociedade, traduzidas no direito vigente.

### *Controle interno como dever do administrador*

No âmbito do controle administrativo, solidifica-se a noção de poder-dever, que se sobrepõe à noção de mera faculdade do agente público, cuja função controlatória se vincula, em especial, aos princípios da legalidade ampla, da moralidade pública e da obrigatoriedade de consecução do interesse público.

A temática da convalidação dos atos administrativos, abordada com argúcia pelo professor PAULO NEVES DE CARVALHO em monografia que, publicada em 1950, conserva-se atual, ganha relevância como mecanismo de composição de legalidade, guiado pelo princípio da boa-fé e positivado no art. 55 da Lei 9.784/99. Acerca do assunto, sobressaem os estudos contemporâneos elaborados por WEIDA ZANCANER, sintetizados no artigo "Convalidação, Invalidação e Revogação do Ato Administrativo"<sup>76</sup>.

### *Garantia de segurança jurídica*

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o princípio da segurança jurídica assume natureza basilar e ganha espaço no direito positivo brasileiro, a exemplo do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n.º 9.784/99, que veda - nos processos administrativos da União - a aplicação retroativa de nova interpretação das normas administrativas. Ao influxo deste importante princípio são traçados os limites que, de um lado, restringem a liberdade volitiva do administrador e, de outro, ampliam a possibilidade de controle da sua atuação.

Como inegável efeito desse arranjo, sinaliza-se o robustecimento do princípio da razoabilidade, que, no contexto, se apresenta como exigência do paradigma democrático para análise do caso concreto e da máxima de proteção da boa-fé dos administrados no trato com a Administração.

<sup>76</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ZANCANER, Weida, et al. Direito administrativo na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 45-58.

## *Controle da Administração Pública em face de novos modelos organizacionais*

Por fim, não deve passar sem nota a necessidade de se desenvolverem novos mecanismos controlatórios ou de se promover a reestruturação daqueles já existentes, com vistas a superar os desafios impostos pela política ampliada da autonomia das entidades da Administração Indireta <sup>3</sup>/<sub>4</sub> implementada pela adoção de modelos de agencificação trazidos com a reforma administrativa <sup>3</sup>/<sub>4</sub>, devendo-se ainda buscar estender fórmulas inovadoras de controle às atividades estatais desenvolvidas mediante delegação ao particular, e, sobretudo, às atividades não exclusivas, levadas a efeito na esfera pública não governamental (organizações sociais e organizações sociais da sociedade civil de interesse público), cuja crescente perspectiva de captação de recursos, especialmente junto a organismos internacionais, deve ser acompanhada de criteriosa e adequada fiscalização.

## **VI - CONCLUSÃO**

O controle da Administração Pública, antes voltado exclusivamente para o princípio de legalidade estrita, e depois fundado numa perspectiva materializante da igualdade, embora suficiente ao amparo, respectivamente, dos ideários liberais e do Estado Social, não se mostra capaz de atender, *per se*, ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito, exigindo novos mecanismos e estratégias de atuação.

A atividade estatal, modernamente, não encontra limites apenas no texto da lei, e nem se esgota numa artificiosa e arrogante materialização de direitos, uma vez que, para consubstanciar-se em Democrático de Direito, o Estado deve vincular seus atos, e a própria interpretação do seu ordenamento jurídico, ao conteúdo de princípios - notadamente aqueles alçados à categoria de "direitos fundamentais" - e efetivá-los sob permanente travejamento democrático.

O complexo arranjo de controle da Administração, estruturado no sistema jurídico brasileiro a partir da matriz constitucional, deve, portanto, ser visualizado e interpretado sob a ótica do novo paradigma, ao qual devem adaptar-se as vertentes de atuação do controle administrativo, do controle jurisdicional, do controle pelo parlamento com auxílio do Tribunal de Contas e do controle popular. Ao mesmo tempo, é exigida a consonância com os

princípios consignados na Constituição da República, notadamente os do art. 37, que, inspirando e condicionando a atuação administrativa estatal, traçam-lhe as linhas de condução ideativa: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros.

Por outro lado, é de se ter em mente que o controle da Administração Pública, constituindo poder-dever dos órgãos públicos e de seus titulares, há de ser visto sob a perspectiva institucional, não podendo ser banalizado como instrumento de negociações fraudulentas, tampouco manejado como alternativa para perseguições e discriminações políticas.

À luz do paradigma democrático, a prática do controle tem acenado com significativas mudanças, embora as instituições e o cidadão venham ainda tentando construir a eficácia dos mecanismos disponíveis, não se olvidando que a forma na qual se estabeleceu a sociedade brasileira - com base em relações econômicas mercantis e escravocratas, apoiada em estruturas sociopolíticas patrimonialistas - acarreta dificuldades para a construção e o exercício do controle democrático.

Não obstante isso, possa prevalecer, no tocante ao controle da Administração, o alerta de Ulisses Guimarães: “contra a ingovernabilidade concentrada em um, (...) a governabilidade de muitos”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREOZZI, Manuel. *Faculdades Implícitas de Investigación Legislativa y Privilegios Parlamentarios*. Buenos Aires. 1943.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ZANCANER, Weida, *et al.* *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O controle judicial dos atos administrativos*, in RDA 152/15, abril-junho/1988;
- BERGERON. *Fonctionnement de l'État*. 2. ed. Paris, 1965;
- BERTI, Giorgio e TUMIATI, Leopoldo. *Enciclopédia del Diritto*, vol. X, 1962;
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996;
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;
- BRAIBANTE, Guy; QUESTIAUX, Nicole; WIENER, Celine. *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, 1973.

- CASTRO, José Nilo de. Direito Municipal Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 1996;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro, 2003;
- CRETELLA JÚNIOR, José. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 337-338;
- CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998;
- DUTRA, Pedro Paulo Almeida. Controle de Empresas Estatais. São Paulo: Saraiva, 1991;
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel Derecho, 1995.
- FERREIRA, D'Andréa. O Controle da Administração Pública pelo Judiciário: direito aplicado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. 1º v;
- FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991;
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999,
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R. Curso de Derecho Administrativo. Madri: Civitas, 2000;
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Traduzido por Arnaldo Setti São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990;
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tarus, 1987.
- LOCKE, John. The Second Treatise of Governmente. Cap. XIV, p. 160; LOPES, Júlio Aurélio Vianna. Tradição, democracia e cidadania. Revista Del Rey Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, Ano 5, n. 12, 4º trimestre de 2003
- MADSON. The Federalist. Oxford: Max Belof ed., 1948;

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular: Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 1998;
- MEDAUAR, Odete. A processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;
- MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno: de acordo com a EC 19/98. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002;
- MONTESQUIEU, Charles de. Do espírito da leis. Os Pensadores. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985;
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994;
- MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Controle Externo da Administração Pública Federal no Brasil. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002;
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994;
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950;
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

- STARK, David; BRUSZT, Laszlo. Enabling constraints: fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, n. 36, fev. 1998.
- TÁCITO, Caio. *Evolução Histórica do Direito Administrativo*. In: 5º Seminário Nacional de Direito Administrativo. Recife: Editora NDJ LTDA. 1997;
- TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: ed. DASP, 1959;
- TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy Livraria e Distribuidora, 2003, p. 115.
- ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo: parte geral*. Buenos Aires: Arayú, 1954.