

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NOVAS TENDÊNCIAS

Eliana Calmon Alves

I – Introdução

O homem sempre se preocupou, desde a antiguidade, em estabelecer formas eficientes de regular o trabalho e a produção, no entendimento de que era necessário ter suas atividades permanentemente controladas.

Ao florescer a filosofia liberal e sob a égide do Estado Social, pensou-se que estaria exaurido o sistema de controle dos atos da administração por órgão próprio, o que não aconteceu. Ao contrário, modernamente a ideia de controle ressurgiu como essencial na composição dos órgãos públicos, não somente para promover maior organização como também atualizações e mudanças necessárias na estrutura funcional, tornando-se o controlador uma espécie de “garantidor da eficiência do sistema administrativo”.

A escolha do controle está ligada à história política de cada país, experimentando, por isso mesmo, avanços e retrocessos. Afinal, o exercício da atividade de controle limita a vontade do administrador.

O Brasil não fugiu à regra e, trilhando o caminho de Estado Liberal, estruturou os seus órgãos de controle sob o prisma da legalidade estrita, com base constitucional extensa, desde a Constituição de 1946.

A Constituição Federal de 1988, ao adotar o Estado Democrático de Direito, aderiu à ideologia vitoriosa do século XX, ao constitucionalismo democrático e, em relação aos órgãos de controle da administração, deixou no seu texto balizas seguras e abrangentes, prestigiando as **Cortes de Contas**, ao ampliar as suas competências e inserir na composição dos Tribunais de Contas membro nato escolhido dentre os integrantes do Ministério Público.

Coerente com a história constitucional brasileira e com o conteúdo democrático adotado na Lei Maior, ampliou sobremaneira o **controle popular**.

II - CONTROLES EM ESPÉCIE

O Controle Externo, a cargo do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, compreende o controle político e o controle financeiro, como na antecedente Constituição Federal.

O Controle Interno ficou praticamente com o mesmo desenho constitucional, embora um pouco mais abrangente. Afinal, é por via do controle interno que a administração pode anular os seus próprios atos, como sumulou o Supremo Tribunal Federal:

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

A correção se faz de ofício ou por provocação da parte interessada por via do processo administrativo.

Esse controle é um privilégio da administração, corolário do princípio da autotutela, cabendo-lhe o dever de zelar pela legalidade, moralidade e eficiência dos seus atos, condutas e decisões, de ofício ou quando provocada pelo particular.

No âmbito do controle administrativo, solidificou-se a noção de poder-dever, que se sobrepõe à noção de mera faculdade. A função controladora do agente público está vinculada ao princípio da legalidade ampla e a possibilidade de convalidação dos atos administrativos ganha espaço como mecanismo de composição de legalidade, guiado pelo princípio da boa-fé, estando autorizada a convalidação do ato.

No Brasil, o **Controle Popular** ou **Social** veio expresso na Constituição de 1934 com a outorga da "Ação Popular", cuja semente já estava, surpreendentemente, na Constituição do Império, com o "Direito de Petição".

A CF de 1988 abriga os mais diversos interesses e anseios da sociedade, com a previsão de legitimidade extraordinária e substitutiva aos cidadãos, em termos políticos e processuais, para usarem mecanismos os mais diversos, tais como mandado de segurança, ação popular, direito de petição, direito de certidões, mandados de segurança coletivo, *habeas data*, plebiscito etc. Ampliou a legitimidade para a propositura de ação direta de

inconstitucionalidade, formando a chamada **processualidade ampla**, assim apresentada pela Professora ODETE MEDAUAR:

“mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição do interesse público oposto a interesse privado”

(Revista dos Tribunais, 1993. Pag. 67 - A processualidade do Direito Administrativo)

O **CONTROLE JUDICIAL** é o mais importante, a ser exercido por um dos Poderes da República, e também o mais abrangente, em consequência do princípio da inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário.

Esse controle tem merecido constante questionamento, por envolver a preocupação quanto ao equilíbrio na manutenção dos princípios de independência e harmonia entre os Poderes, consignado no artigo 2º da Constituição Federal.

A doutrina clássica solidificou o entendimento de que o controle do Judiciário sobre os atos da administração pública deveria manter-se restrito ao exame dos pressupostos de legalidade, sem imiscuir-se nas questões de mérito, que diz respeito às razões de conveniência e oportunidade, não sendo dado ao juiz decidir pelo administrador. Nas palavras de Professor Diógenes Gasparini, ao traduzir o pensamento clássico: “a autoridade judicial pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente, e o que é inoportuno ou inconveniente”.

Os rígidos limites estabelecidos entre os conceitos de legalidade e mérito, proclamados nos compêndios de direito administrativo, estabelecia o que era ato administrativo discricionário e ato administrativo vinculado, deixando em conformo o magistrado, que se limitava a examinar os pressupostos legais do ato administrativo.

Novos conceitos surgiram na doutrina, ampliando o controle do Judiciário no âmago da atuação do administrador público, ao reconceituar a discricionariedade administrativa.

A era da pós-modernidade trouxe-nos, por exemplo, a **Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados**, a **Interpretação Principiológica** que passou a dominar a hermenêutica constitucional, dentre outras.

Firmou-se então o entendimento de que não está o juiz exorbitando de suas funções quando examina um ato administrativo aparentemente legal em seus pressupostos formais, porque este pode esconder em seu âmago um procedimento desarrazoado ou ilógico, contrário à ordem, à necessidade, à utilidade ou ao interesse público.

Assim, em nome do que se procura aplicar como princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, há o entendimento de que não basta examinar o Judiciário o ato administrativo discricionário pela sua legalidade formal, sendo pertinente que se examine com mais profundidade a sua legitimidade.

Essa nova forma de ver o controle judicial do ato administrativo discricionário, aplicando-se para tanto a **Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados**, sofre severas críticas. O entendimento é de que no ato discricionário pode haver para o administrador um núcleo político limitado, como existe a reserva legal. Ao se estabelecer que é o Judiciário quem delimita esse núcleo, dando a última palavra, despe-se o administrador do juízo de conveniência e oportunidade, perdendo o ato o caráter volitivo, ampliando consideravelmente os poderes jurisdicionais em relação aos Poderes Públicos.

Esta divergência tem trazido grandes dificuldades para o suporte das autoridades controladoras e também para os julgadores.

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade para o administrador, entre alternativas justas, diante da realidade que enfrenta no comando das atividades a executar, obrigatoriamente, e as possibilidades e limites para a execução, tais como suporte financeiro estabelecido em lei, recursos imediatos para a execução, necessidades prementes diante das urgências, etc.

Quando o Judiciário, ao dizer o direito, examina um ato discricionário da administração, exercita um processo intelectual de compreensão, não tendo condições de mergulhar na realidade vivida pelo administrador.

A aplicação da Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados é processo aplicável à interpretação da lei, por subsumir em uma categoria legal às circunstâncias reais determinadas.

Por outro ângulo, as teorias que buscam subtrair da análise do Poder Judiciário a atuação administrativa, é característica própria dos regimes de exceção, adeptos do alargamento das definições de discricionariedade, absolutamente inadequados para um Estado Democrático de Direito. Neste, não há lugar para o arbítrio ou o abuso de poder.

A questão posta é tormentosa e está hoje entregue ao critério do Supremo Tribunal Federal, a quem compete, em controle difuso e concentrado, dizer o direito, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, sendo certo que a intangibilidade meritória do passado deu lugar à denominada discricionariedade objetiva.

III - NOVAS TENDÊNCIAS

Generalidades

As mazelas funcionais do Estado Brasileiro, oriundas do Brasil Colônia, ainda persistem, mesmo após a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã que inaugurou o Estado Democrático de Direito, com a ideia de se formatar uma estrutura nova para solucionar os três maiores problemas organizacionais: **patrimonialismo** (mistura do interesse público com o privado), **oficialismo** (dependência de todos os projetos - sociais, pessoais e empresariais - do Estado) e **desigualdade**, seja ela formal, material ou do reconhecimento apenas.

O princípio da **igualdade formal**, inserido no artigo 5º da CF, não foi suficiente para igualar os brasileiros efetivamente, muito menos foi possível dar a eles a **igualdade material**, porque igualar as oportunidades de acesso aos direitos é praticamente impossível para os que estão abaixo da linha da pobreza. Contudo, foi mantido e ainda persiste, passados trinta e cinco anos de existência, um universo paralelo de privilégios, com imunidades tributárias descabidas, até mesmo histórica, foro especial em proteção a castas sociais criadas politicamente, outorga de juros subsidiados sem contrapartida alguma para os contribuintes, auxílios pecuniários subsidiando moradia (auxílio moradia), transporte (carro oficial), e

outros penduricalhos legais incompreensíveis e até mesmo perversos, outorgados sob a forma de subsídios a grupos organizados de servidores públicos.

O superdimensionamento do Estado, sustentado e mantido ao longo dos anos pelo sistema político, aliado ao mau funcionamento dos órgãos de repressão e de controle, foram incapazes de derrotar a impunidade geradora dos três maiores males brasileiros: **ineficiência da máquina estatal, politização e corrupção.**

Nesse quadro de desordem, a elite política, econômica e os estamentos burocráticos foram aos poucos construindo um sistema penal e processual que lhes assegura uma blindagem ao sistema punitivo quanto aos crimes de colarinho branco.

O enfrentamento a esse estado de coisas se desenvolve como o movimento das marés, avança e recua, com uma diferença: as marés são movidas pelas forças naturais do planeta, mas o enfrentamento à corrupção é movido pelos interesses políticos, alinhando-se, para tanto, os Poderes da República, um ou uns por ação e outro ou outros por omissão, sempre sob a rubrica de "Defesa ao Estado Democrático de Direito".

E os órgãos de controle, como se comportam dentro do quadro descrito? DE duas maneiras: adotam comportamento irradiado pela política dominante, mas entregam quase sempre para os dirigentes a solução tecnicamente adequada, como também a rota de fuga para uma solução política que não será sua, senão no papel.

Como órgãos técnicos e auxiliares do poder político, formados quase em sua integralidade por profissionais qualificados e selecionados por concurso público, funcionam na República como técnicos, assessores, pareceristas, ou aconselhadores, permanecendo na penumbra senão quando deixam escapar parte do trabalho técnico e de desagrado ao chefe que tem função para agir politicamente.

Esses órgãos de controle trabalham com ferramentas adequadas e eficientes, postas à disposição nesse árduo mister e muitas vezes frustrante trabalho de assessoramento.

Ao mencionar as mais importantes ferramentas utilizadas pelos órgãos de controle, é imprescindível que se faça alusão à **INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PRINCIPIOLÓGICA** pautada na **Teoria da Normatividade dos Princípios**, teoria que

substitui o direito contido nas regras pela normatividade dos princípios. Na lição do Professor Paulo Bonavides, não há distinção entre princípios e normas porque norma é o gênero, enquanto as regras e os princípios são espécies. Nesse diapasão temos:

Reconceituação da Legalidade

Aqui ganha espaço a compreensão de cogência dos princípios e de superação da noção de direito fechado em regras, de modo que o princípio da legalidade tem amplo significado: princípio da constitucionalidade, princípio da legitimidade ou princípio da judicialidade o que, ao fim e ao cabo significa que o fim do direito prevalece sobre a literalidade da lei.

Democratização de Práticas Políticas

A força do Controle Político nos atos da administração faz crescente utilização de mecanismos de participação direta nas decisões estatais colhidas em audiências públicas, conselhos e assembleias participativas, em plebiscitos e referendos, coletas de opiniões, debates públicos, e outros mecanismos em que o Estado tenta se projetar e se estender sobre as demais instituições. De todos os institutos criados para a participação popular, apresenta-se a audiência pública como instrumento de vanguarda, contribuindo para que tenham os governados voz ativa. Trata-se de uma abertura do espaço governamental às influências sociais.

Controles Preventivos

Os controles prévio ou preventivo ganham destaque como forma vantajosa na fiscalização da atividade administrativa, realizando-se antes da eficácia da medida ou decisão, garantindo melhor direcionamento na aplicação de recursos. O investimento na capacidade técnica e na autonomia funcional voltados para o controle preventivo realça a capacidade técnica, apresentando-se como importante para a estabilidade das instituições e sustentabilidade das políticas públicas.

A prática preventiva já está inserida em diversos dispositivos constitucionais com realce para as auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União (arte 71, IV CF), por exemplo.

Registre também como eficazes as medidas cautelares judiciais que visam evitar a consumação de situações lesivas ao patrimônio público, ou à moralidade administrativa e aos direitos individuais, coletivos e difusos.

Ampliação do Controle Exercido pelo Tribunal de Contas

O controle financeiro exercido pelos tribunais de contas vem rompendo os clássicos limites da verificação formal dos atos administrativos, para inclusive adentrar nas razões meritórias em nome da concretização da ideia de sucesso dos objetivos.

Parcerias

As parcerias feitas entre os órgãos de centro, no auxílio específico de suas áreas de especialização, são de valor inestimável para a administração pública, contribuindo para um trabalho de melhor qualidade e com economia inigualável para os cofres públicos.

Ampliação do Controle Jurisdicional

Na revisão do conceito de discricionariedade, visando a adequação de seus limites ao novo entendimento, aplica-se, para tanto, a Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados.

Fortalecimento do Ministério Público

A instituição ganhou espaço com a Constituição de 88, com grande atribuição na esfera do controle dos atos administrativos, seja atuando na esfera judicial ou na extrajudicial, mediante instauração de inquéritos civis e celebração de termos de ajuste de conduta.

IV - CONCLUSÕES

1) O sistema de controle dos atos da administração pública, diferentemente das previsões, sobreviveu à filosofia liberal e mais se ampliou ao advento do Estado Social, sendo hoje considerado o garantidor da eficiência da administração.

2) A Constituição Federal de 1988 conservou o modelo posto para o controle financeiro, orçamentário e contábil, prestigiou as Cortes de Contas, ampliando a sua competência, ao tempo em que instituiu a integração no órgão julgador de integrante oriundo do Ministério Público.

3) Abriu-se espaço para a ampliação do até então incipiente Controle Popular, instituindo mecanismos efetivos para sua atuação.

4) Deixando praticamente com o mesmo desenho constitucional os Controles Externo e Interno, mudou inteiramente o perfil do Controle Judicial.

5) O Controle Judicial, o mais importante, diante do preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), conservou a regra de equilíbrio entre os Poderes para a manutenção da independência e harmonia (art. 2º, CF), enquanto deixou em aberto o limite desse controle.

6) Os novos tempos e os novos rumos da nova Constituição Brasileira, pelos critérios de interpretação, levou o Judiciário a reconceituar esses limites, inclusive em relação à discricionariedade do administrador.

7) Pela interpretação principiológica da pós-modernidade, acolheu-se a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, com severas críticas por parte da doutrina, mas inteiramente aceita pela jurisprudência.

8) A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, pela crítica, deve ser aceita como processo de interpretação da lei, mas não pode ser usada para submeter uma categoria legal às circunstâncias reais vividas pelo administrador.

9) O certo é que, na atualidade vivenciada pelo Direito Administrativo Brasileiro, a intangibilidade meritória do ato administrativo deu lugar à denominada Discricionariedade Objetiva, sem limites para a interpretação do Estado-Juiz.

10) As novas tendências dos atos de controle no Direito Brasileiro dispõem de inúmeras ferramentas para o exercício do árduo trabalho a ser enfrentado neste período de pós-positivismo.

11) Dentre as ferramentas disponíveis, podemos mencionar interpretação constitucional principiológica, reconceituação da legalidade, democratização dos princípios políticos, controles preventivos, a importância dos Tribunais de Contas, as parcerias institucionalizadas e o fortalecimento do Ministério Público.

E por tudo isso, é necessário que tenhamos sempre a ideia de que, no cadinho político desta pós-modernidade, é preciso que sejamos, mais do que profissionais, cidadãos brasileiros.