O CONTRÔLE DA ADMINISTRAÇÃO E A NOVA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

CAIO TÁCITO

Professor na Faculdade de Direito da Universidade da Guanabara

SUMÁRIO: *O princípio da supremacia da lei — Liberdade e autoridade — Contrôle de legalidade — Continuidade e inovação na Carta de 1967 — Contrôle e eficiência da administração — Fiscalização financeira e orçamentária — Art. 48 da Constituição de 1967 — O sistema do* "Ombudsman" *— Mandado de segurança — Conclusão.*

I — O princípio da supremacia da lei, que é a pedra angular do Estado de Direito, subordina a Administração pública à observância das normas jurídicas que lhe delimitam os podêres e facultam aos administrados a garantia de seus direitos subjetivos, e mesmo de seus interêsses legítimos, mediante formas de contrôle da atividade administrativa.

A noção de que o Estado é servo dos preceitos que institui, através de sua função normativa (conforme o conhecido aforismo *legem patere quan fecisti* — "sofre a lei que tu mesmo fizeste") adquiriu, no ordenamento jurídico moderno, foros de quase obviedade, como um fato natural da vida comunitária.

A sua conquista, não raro sangrenta, é relativamente recente na história do Direito Público, exprimindo a transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal. O último bastião a cair do absolutismo terá sido o privilégio da irresponsabilidade civil da Coroa (*"the King can do no wrong"*, que a lei inglêsa de 1947 (Crown Proceedings Act) e a norte-americana de 1946 (Federal Tort Claims Act) definitivamente repudiaram.

A tese de que a Administração não pode violar a lei, respondendo civilmente pelos atos ilícitos que seus agentes pratiquem, não signi-

fica, porém, que assim se esgote a proteção aos direitos individuais, políticos e sociais; a lei e a jurisprudência conferem meios eficazes de resguardo das pessoas físicas ou jurídicas contra os abusos do Poder Administrativo, prevenindo-os ou desfazendo-lhes os efeitos.

A tônica do intervencionismo estatal, que é uma das características contemporâneas da socialização do direito, exacerba a área de conflito entre os interêsses individuais e o bem público, que a êle se deve sobrepor, nos têrmos e nos limites traçados pela ordem jurídica dominante.

A missão do jurista moderno, quando elabora, interpreta ou aplica a norma jurídica, consiste, essencialmente, no encontro do exato ponto de equilíbrio, não raro instável e fugidio, entre os princípios antinômicos da *Liberdade* e da *Autoridade*.

Não satisfaz ao interêsse coletivo que a Administração pública apenas se abstenha de cometer atos ilegais. Se o primeiro dever do administrador é o de respeitar as normas administrativas, torna-se mister, ainda, que a sua atuação alcance os objetivos sociais e econômicos desejados.

Na medida em que o Estado assume a prestação direta de serviços de teor econômico ou assistencial, o interêsse e mesmo a sobrevivência de grande número de indivíduos passa a depender da *eficiência* da Administração, e não apenas de sua *legalidade*.

A *omissão* da autoridade adquire tonalidades substanciais de lesão ao interêsse privado tão intensas quanto às da *ação* ilícita ou inconveniente.

Ao *dever de legalidade* — que é uma das grandes conquistas do liberalismo político do século XIX — adiciona-se aquêle outro que a doutrina italiana designa, significativamente, como o *dever de boa administração*.

Por via de conseqüênca, o contrôle a ser exercido sôbre a Administração pública atenderá a êsse duplo enderêço de sua atividade: de um lado, o *contrôle de legalidade*, visando à preservação dos direitos dos administrados e do patrimônio público; de outra parte, o *contrôle de eficiência*, que tem em mira o aperfeiçoamento das instituições administrativas, cuidando de sua melhor produtividade.

A tradição jurídica brasileira aprimorou, razoàvelmente, os instrumentos de contrôle de legalidade da Administração pública, consolidando nos recursos administrativos e judiciais a arma de defesa do cidadão contra as ilegalidades e abusos de poder. Os eventuais hiatos da plenitude dos direitos constitucionais, ou as denegações de justiça que ocorram dentro das contingências dos sistemas, não obscurecem a linha ascensional que, partindo, em 1904, da ação sumária especial, alargando-se na aplicação ampla do instituto do

habeas corpus pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, se alicerça, finalmente, em época mais recente, na eficácia do *mandado de segurança*, como defesa de direito subjetivo líquido e certo e da *ação popular*, como instrumento de anulação de atos lesivos do patrimônio público.

O mesmo depoimento não se poderá oferecer no tocante à evolução da eficiência administrativa. Não obstante esforços notórios e louváveis de órgãos e entidades (entre as quais é de justiça assinalar, em sua fase áurea, o Departamento Administrativo do Serviço Público — DASP — e, através de sua permanente e construtiva presença, a Fundação Getúlio Vargas) a burocracia brasileira não acompanhou os progressos da Ciência da Administração.

É significativo que, na Constituição brasileira de 1946, vigorante até o primeiro trimestre dêste ano, se inscrevesse, no capítulo dos direitos fundamentais, o de que a lei asseguraria "o rápido andamento dos processos nas repartições públicas" (art. 141, § 36, nº I).

Também é geralmente admitido que não prevalece nas operações administrativas, na administração direta e, sobretudo, nas autarquias e sociedades comerciais do Estado, a noção do *custo operacional* como índice de eficiência administrativa. Se é certo que a atividade econômica do Estado não se deve orientar, ùnicamente, pela finalidade lucrativa, não há também por que alienar a regra do equilíbrio financeiro entre as que devem qualificar o êxito governamental.

Diante dêsse quadro panorâmico e, necessàriamente, sumário, colocamos, como tema de nossa palestra, a título de mera provocação ao debate, a indagação: de que forma se comporta a nova Constituição do Brasil, no tocante à manutenção e ao aperfeiçoamento dos meios de contrôle de *legalidade* e de *eficiência* da Administração pública?

II — A Constituição de 1967, fiel à tradição jurídica e ao sistema anterior, conserva, em sua contextura, o *contrôle de legalidade* que, desenvolvido no direito comum, compreende as três modalidades conhecidas de *contrôle administrativo*, ou de auto-contrôle; de *contrôle parlamentar* e, como garantia por excelência da ordem jurídica, o *contrôle judicial* ou jurisdicional.

Se as linhas mestras são as mesmas, há, todavia, peculiaridades, na recente Carta federal, que merecem ser referidas, para meditação do intérprete e como advertência ao legislador que deverá complementar os preceitos da Constituição.

De início, convém observar a inserção de normas sôbre planejamento econômico, tanto no âmbito direto dos serviços federais, como na coordenação do desenvolvimento regional e da administração financeira dos Estados.

Além de reservar à competência da União o estabelecimento e execução de planos regionais de desenvolvimento (art. 8º, nº XIII), estende-se o poder de intervenção federal nos Estados à reorganização de suas finanças, quando adotem medidas ou executem planos econômicos ou financeiros que contrariem as diretrizes estabelecidas em lei federal (art. 10, nº V, alínea *c*). De igual forma, ficam os auxílios financeiros da União aos Estados ou Municípios condicionados à prévia entrega, ao órgão federal competente, do plano de aplicação dos respectivos créditos (art. 13, § 5º). Também ao Senado Federal, mediante iniciativa do Presidente da República, incumbe controlar os limites globais da dívida consolidada e as condições de emissão de obrigações pelos Estados e Municípios (art. 69, § 2º).

Ampliam-se, assim, embora apenas no campo econômico-financeiro, os veículos embrionários de um *contrôle de eficiência* da Administração pública. Essa tendência se faz sentir, semelhantemente, nas normas orçamentárias, que adotam o princípio do orçamento global, ou seja, abrangendo obrigatòriamente as despesas e receitas de todos os Podêres, órgãos ou fundos, tanto da administração direta, quanto da indireta (art. 65).

Cuida-se de pôr côbro ao abuso dos orçamentos paralelos e quase secretos, que, segundo testemunho de uma das comissões de reforma administrativa federal, divulgado em 1963, fazia com que cêrca de *dois terços* dos dinheros públicos fôssem geridos, nas autarquias, sociedades de economia mista e emprêsas públicas sem aprovação ou sequer conhecimento do Congresso Nacional.

A proibição de que sejam consignadas verbas para obra, despesa ou programa excedente ao exercício financeiro sem a prévia aprovação de orçamento plurianual de investimento ou lei especial autorizativa, é outra medida salutar que visa à *eficiência* administrativa (art. 65, § 4º).

A *probidade administrativa*, que já figurava entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, passa a ser também, nos têrmos de lei complementar, caso de inelegibilidade, a par da preservação do regular exercício de cargos ou funções públicas (arts. 84, nº V e 148, ns. II e III).

III — Há, todavia, na nova Constituição federal, três disposições que devem ser especialmente destacadas pelas suas implicações no contrôle dos negócios administrativos.

Primeiramente, a Constituição de 1967 trouxe profunda modificação ao sistema de fiscalização financeira e orçamentária, seja no campo federal, seja quanto aos Estados que, obrigatòriamente, se regem pelos mesmos princípios (art. 13, nº IV).

Dispõe o art. 71 que as normas de fiscalização financeira e orçamentária, extensivas às autarquias (art. 71, § 5º), compreenderão o *contrôle externo* exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e o *contrôle interno* do Poder Executivo.

Quanto ao primeiro — o *contrôle parlamentar externo,* praticado por intermédio do Tribunal de Contas — abandonou-se o critério de *fiscalização formal,* com o repúdio ao registro prévio de atos e contratos administrativos, para dar ênfase aos processos de *auditoria,* tão largamente usados nos países que seguem o modêlo anglo-saxão do controlador geral de finanças. A experiência inglêsa e norte-americana, do *Comptroller General* ou do *General accounting office,* estão certamente no cerne da inovação constitucional.

O recente Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, propiciou o primeiro balizamento do exercício da auditoria financeira e orçamentária pelo Tribunal de Contas da União, cuja execução melhor dirá da eficácia da nova técnica de contrôle, que inclui inspeções diretas à contabilidade dos órgãos da Administração pública (arts. 35 a 39 do citado decreto-lei).

Os sistemas de *contrôle interno,* que a lei instituirá no âmbito do Poder Executivo, têm a sua finalidade predeterminada no art. 72 da Constituição, visando a:

I) criar condições indispensáveis para eficácia do contrôle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;

II) acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;

III) avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Se não morrerem no papel, ou na intenção, tais objetivos introduzirão, na dinâmica da Administração pública brasileira, um real contrôle de *eficiência* e de *produtividade,* de que secularmente carece.

Disposição singular, que não constava do projeto enviado pelo Presidente da República, é a do art. 48, assim redigido:

"Art. 48. A lei regulará o processo de fiscalização, *pela Câmara dos Deputados* e *pelo Senado Federal* dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada".

Qual o exato alcance que a lei atribuirá a essa novidade?

Amplia-se, certamente, o contrôle do Congresso sôbre a Administração, anteriormente circunscrita às comissões parlamentares de inquérito, às convocações de Ministros e aos pedidos de informações, como meios *indiretos* de fiscalização.

Estará, no conteúdo do nôvo preceito o exercício *direto* de fiscalização? Qual o limite e a forma de que se revestirá êsse exame especial de atos do Poder Executivo, tanto na administração direta, como na indireta? Poderá estender-se até à *anulação* de tais atos, ou apenas se manterá como outra forma indireta de contrôle de legalidade e de eficiência da Administração pública?

São incógnitas as interrogações que o laconismo do texto deixa pendentes sôbre a cabeça dos administradores, na expectativa da lei complementar. É possível que não tenha sido estranha à nova figura de fiscalização pelo Congresso sôbre os atos administrativos, a inspiração de um tipo de orgão peculiar aos países nórdicos, que tem merecido, recentemente, maior divulgação na literatura científica e mesmo leiga.

Referimo-nos ao sistema do *Ombudsman*, ainda agora longamente examinado em livro excelente do professor Walter Gellhorn, da Universidade de Columbia (*Ombudsman and others Citizens protectors in nine countries* — Harvard University Press — 1967). Originário da Suécia, onde foi criado há século e meio — na Constituição de 1809 — o *Ombudsman* se transferiu ao sistema de outras nações, inspirando instituições similares na Finlândia (1919), Dinamarca (1954), Noruega (1952) e Nova Zelândia (1961) e tem cogitada a sua aplicação na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Trata-se de um Comissário Parlamentar, escolhido pelo Poder Legislativo, com atribuições especiais de acompanhar e fiscalizar a regularidade da administração civil ou militar, apreciando queixas que lhe sejam encaminhadas ou realizando inspeções espontâneas nos serviços públicos. Os seus podêres são limitados, não exercendo competência anulatória, nem disciplinar ou criminal, mas, segundo o depoimento dos autores, a sua advertência ou a iniciativa de processos penais contribui, expressivamente, para a contenção dos abusos do poder administrativo.

Parece-nos, no entanto, modêlo apenas adequado a países de populações reduzidas e de apreciável índice educacional, com serviços administrativos altamente concentrados. Encaramos com ceticismo a transposição dêsse sistema, mais suasório do que coercitivo, diante das proporções de nossa estrutura territorial e administrativa, como de nossos hábitos políticos e administrativos.

A previsão constitucional está, no entanto, de pé, como um desafio ao nosso legislador, para a visão adequada do nôvo sistema de fiscalização pelas Casas do Congresso sôbre os órgãos da Administração pública.

Para encerrar, não podemos omitir uma palavra sôbre um tema da maior atualidade no campo da garantia do indivíduo perante a ilegalidade ou o abuso de poder.

A instituição tão marcante e profícua do *mandado de segurança*, que cristalizou, a partir de 1934, uma admirável reivindicação da consciência jurídica brasileira, defronta-se, na forma pouco feliz que veio a prevalecer na redação final da Constituição, com um perigoso risco de limitação ao seu cabimento.

Aludia a norma constitucional de 1946 à proteção de "direito líquido e certo", assim como a Constituição de 1934 se endereçava "a defesa de direito certo e incontestável". A atual Constituição qualifica, como objeto do mandado de segurança, a proteção de "direito *individual* líquido e certo" (art. 150, § 21).

Terá o acréscimo o intuito de excluir outros direitos que não se arrolem no capítulo dos direitos e garantias individuais, pondo à margem os direitos políticos e sociais, ou os que se situam, na distribuição sistemática da Constituição, em outros títulos ou capítulos, como sôbre funcionários públicos, ou relativamente à ordem econômica e social?

Subsistirá a sua aplicação contra atos judiciais, e o seu acesso às pessoas jurídicas?

O Supremo Tribunal Federal será muito brevemente chamado a traçar a exegese do nôvo preceito e estamos convictos de que saberá guiar-se pelos melhores critérios da construção dogmática dêsse instituto processual, que, geminado ao *habeas corpus*, extrema a garantia dos direitos subjetivos da pessoa física ou jurídica.

Pensamos que na própria Constituição poder-se-á encontrar o paradigma para a hermenêutica em sentido lato das expressões *direito individual*, quando delas se vale, no art. 150, § 4º, fixando o alcance da competência do Poder Judiciário, na apreciação de "qualquer lesão de direito individual."

A mesma amplitude com que êsses têrmos aqui se impõem ao intérprete, sob pena de nulificar um dos alicerces do Estado de Direito, serve de referência ou comparação para o entendimento das mesmas expressões no preceito subseqüente. Em ambas as passagens *direito individual* exprime, em sentido lato, o direito subjetivo, incorporado ao patrimônio jurídico da pessoa.

Não há, em suma, no espírito da norma, qualquer sentido mutilador de sua incidência tal como configurada na Constituição de 1946 e na lei processual. A êsse argumento ainda outro, de ordem sistemática, pode ser extraído do art. 130, nº VII, que, expressamente, enuncia o cabimento do mandado de segurança *em matéria eleitoral*, quando enumera a competência da Justiça especializada.

Escusamo-nos pelo improviso dessas digressões, que não têm outro mérito senão o de atrair a atenção dos mais doutos para os novos aspectos com que, na roupagem da Constituição de 1967, se reapresentam os problemas do contrôle da atividade administrativa do Estado.