CONTROLE INTEGRADO DO ATO ADMINISTRATIVO*

JOSÉ JAPPUR**

Estado e direito. As regras do controle no tempo e na atualidade. Os princípios de legalidade e de legitimidade. Moralidade administrativa. A moral e o direito. A forma e a substância. O exame do mérito. Preconceito do passado e novas linhas do presente. Moralidade como legitimidade de fins e motivos determinantes. O controle da "livre discrição". Auditoria das contas como instrumento do controle integrado. Tomada de contas. Seu conteúdo múltiplo. Missão moderna dos Tribunais de Contas.

1. O conceito de controle integrado está vinculado com a evolução da administração pública que se abre por exigências sociais e pessoais cada vez mais intensas. Confunde-se, não raro, essa abertura com a intervenção do Estado no domínio privado, quando, na verdade, não passa de mera iniciativa ditada por exigências do bem comum. O Estado é, antes de tudo, uma ordem normativa. Assim como há uma ordem de natureza regida por leis naturais, surge, também, uma ordem estatal preconizando regras de conduta. Revela uma vontade que não se identifica com a volição individual. A vontade estatal não é uma soma das vontades individuais. Transcende a mera adição para formar, no plano existencial, uma ordem válida e eficaz. A legislação é, enquanto ordem ordenadora, Estado, enquanto ordem ordenada, direito. O Estado e o direito acham-se um para com o outro na mesma relação em que se encontram, por exemplo, os conceitos de organismo e organização. O Estado é o direito como atividade normativa; o direito é o Estado como situação fixada pelas suas normas ou normatividade. O Estado gira, assim,

* Palestra proferida na Faculdade de Economia da UFRGS.

** Auditor do Tribunal de Contas do RS.

sempre dentro do direito e um Estado que agisse fora do direito deixaria de ser Estado.[1]

2. O Estado moderno possui o condão das transfigurações, qual *Proteu* da mitologia helênica. Não é apenas poder, podendo figurar como mera pessoa jurídica. É ator da vida econômica, utilizando procedimentos de direito público e, ao mesmo tempo, processos de direito privado, para gerir as empresas industriais e comerciais. O Estado Nacional tornou-se presente e atuante em todos os setores da vida social e econômica para deter, de perto, os efeitos da marcha triunfal das multinacionais que controlam, pela direção e planejamento, 22% de toda a produção do mundo não-comunista e, em 1990, chegará ao limiar de 50%. É dever do Estado preservar, pois, a soberania nacional diante desses gigantes de poder econômico, cujo lema é *le monde est notre maison,* na feliz expressão de Raymond Vernon. Para acompanhar a evolução proteiforme do Estado, impõe-se o chamado controle integrado. Assim, o ato administrativo, como pedra angular da administração pública, deve sujeitar-se ao controle integrado que encerra nova modalidade de radiografia da administração na sua intimidade. Cada época teve sua tônica. No tempo de Cícero, bastava a justiça; no de Sócrates, a virtude; no de Tomás de Aquino, o bem; no de Descartes, o método; no de Rousseau, o raciocínio; no de Comte, a experiência; no de Bergson, a intuição; no de Blondel, a ação. Na atualidade, é necessário o complexo de todos esses valores. Examina-se em cada ato sua dimensão total, levando em conta a justiça, virtude, bem, método, raciocínio, experiência, intuição e ação. Nessa nova perspectiva, cada ato administrativo envolve o exame de legalidade e legitimidade. Isso evita que o ato administrativo seja injusto ou inconveniente, embora sustentado pelos ouropéis da regularidade de fundo e de forma. No direito público, como de resto, no direito administrativo, os conceitos evoluem com os fatos e os fatos determinam novas situações jurídicas adequadas no tempo e no espaço. A regra de controle está impregnada dessa magia. Basta ver o art. 93 do Decreto-lei 200/67: "Quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego..." A expressão "bônus" é regra moral. Está mais no direito do que na lei ou mais na área da legitimidade do que da legalidade. O Decreto-lei 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos, é diploma mais saturado pelos princípios da moral administrativa do que do estribilho da legalidade.

3. A ossificada civilização das formas cede lugar à consciência crítica da verdade na sua globalidade. O controle integrado, de maneira sintética, pres-

[1] Kelsen, Hans. *Allgemeine Rehtslehre.* 1925. p. 91 e 100.

supõe o exame da legalidade, legitimidade e oportunidade do ato administrativo. O princípio da legalidade é regra constitucional. Está no art. 153, § 2º da Lei Maior: "Ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma cousa senão em virtude de lei." Todo o universo das ações ou possibilidades estão no "fazer ou não fazer". No direito privado, o que não está juridicamente proibido é permitido. Já no direito público só o que é permitido não é proibido. As posições são diferentes. Mas a superação do conflito é possível mediante a sujeição do "proibido" com regulamentação positiva e o "permitido" com regulamentação negativa. Resulta disso a fusão de um único postulado: "o que não está (positiva ou negativamente) proibido, é (negativa ou positivamente) permitido". Importa reconhecer que o princípio pode ser aplicado no direito privado e público. No direito privado, aplicar-se-á assim: "o que não está (positivamente) proibido, é (negativamente) permitido". No direito público funciona assim o princípio: "o que não está (negativamente) proibido, é (positivamente) permitido". A legitimidade é conceito mais amplo por se fundar na moral. A oportunidade define-se pela conveniência de acordo com os fins superiores do interesse público.

4. Não basta assegurar a ordem jurídica. Importa, também, o resguardo da moralidade administrativa. O legítimo gira em torno da moral, enquanto o legal, em torno do direito. O legítimo tem, por isso, maior dimensão ou alcance de compreensão. Permite daí concluir que o legal é necessariamente legítimo, mas nem todo o legítimo é legal. Do ângulo nosológico, o ilegal é sempre ilegítimo, mas o ilegítimo nem sempre é ilegal. Assim parece porque o conceito de legalidade move-se dentro do direito positivo, enquanto a noção de legitimidade é da órbita do direito natural. A legalidade é mais questão de direito do que de fato. A legitimidade é mais questão de fato do que de direito. Aí reside a velha disputa do direito e da moral, que é "o Cabo de Horn" da moderna fiscalização. Benthan salienta que "o direito é um mínimo de moral", depois de enfatizar que o direito e a moral podem ser comparados a dois círculos concêntricos nos quais o pequeno círculo do direito é envolvido pelo círculo amplo da moral. O ideal seria que todas as normas de moral fossem transformadas em normas de direito, mas o que se verifica é que apenas algumas delas é que se transformam em normas jurídicas, integrando o elenco de postulados do direito positivo. Os atos da administração pública são marcados mais por regras de moral do que de direito, mesmo porque o direito administrativo é mais descritivo do que prescritivo. Caminha, por certo, dentro de preceitos de lei, mas prepondera, na gama das atribuições, o sentido moralístico.

5. É importante, no direito administrativo, observar os problemas de origem e fisionomia interna do ato do que sua simples roupagem externa ou formal. A forma é, como a moda, ditada pela lei do momento. Representa o conjunto de solenidades que dá imagem externa aos atos administrativos. *Forma dat esse rei.* A omissão ou preterição à forma vicia o ato administrativo. Há formalidades substanciais e secundárias. Estas últimas não viciam os atos uma vez inobservados. Deixa-se a película do ato, aprofundando-se até o seu âmago, para encontrar sua essência ou substância. O controle integrado está, na atualidade, mais voltado à substância do que à forma, mais à moralidade do que à legalidade do ato. No direito constitucional, falava-se em certas orientações ou comportamentos por "razões de Estado". É a supremacia do primado da moral sobre o direito ou da substância sobre a forma. No direito administrativo, *ad instar,* pode falar-se em "razões de moralidade" capazes de justificar a suspensão ou paralisação de um ato mesmo tangido pela lei. Surge o conflito entre o que é legítimo sobre o que é legal. É a eterna luta da moral contra o direito, mas a esfera de aplicação do legítimo é infinitivamente maior do que o legal. Quando o administrador público intervém por razões teleológicas, emitindo medidas extremas que fogem da legalidade, cumpre a verificação da moralidade do ato capaz de legitimá-lo. A transcendência do tema pode não ser simpática diante da doutrina legalista. O legal é superior ao legítimo ou seja a lei está acima da moral. Nem sempre porém, o legalista trás, no seu bojo, a sinfonia da verdade ou o hino da moralidade, embora se reconheça que o direito dá expressão à Justiça, como a forma à substância. Carnelutti diria: "a justiça está na lei, como o ouro nas moedas; o direito é o seu cunho".

6. A doutrina brasileira, na sua maioria, entende que o mérito do ato administrativo está fora da competência do Poder Judiciário. A orientação decorreu de certa posição assumida pela Lei 221 de 20 de novembro de 1894 que "instituiu a ação sumária especial para anulação dos atos administrativos". Diz o art. 13, § 9º da referida lei revogada desde o advento do velho código de processo regido pelo Decreto-lei 1 608, de 18 de setembro de 1939:

"Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor:

a) consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões judiciais, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade".

De igual modo, preceitua o art. 9º do Decreto-lei 3 365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação: "Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública." A jurisprudência foi paulatinamente quebrando a rigidez da proibição, quando admite o exame, no ato, dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e fim. O preconceito de uma idéia já sepultada perde aos poucos seu reinado como resíduo abstrato em algumas mentes.

7. A moralidade do ato administrativo enquadra-se na legitimidade dos fins ou dos motivos determinantes da decisão. Na moderna legislação, o exame da moralidade pode extrair-se da Lei 4 717 de 29 de junho de 1965 que "regula a ação popular". Diz o art. 2º do referido diploma:

"São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;
b) vício de forma;
c) ilegalidade do objeto;
d) inexistência dos motivos;
e) desvio de finalidades."

A lei define cada categoria no parágrafo único do mesmo artigo:

"a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência."

Por certo, a moralidade do ato administrativo compreende o exame da existência de motivos, finalidades adequadas e seriedade do ato. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um pro-

cesso de referenda extrínseco.[2] É sabido que os motivos precedem ao ato, criam as condições de sua existência, servem de ponto de apoio ao processo intelectual e volitivo de que emana a realização do objeto. A finalidade é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa.

8. A atividade administrativa não é obra do "acaso". Possui direção finalística. O exame não pode, pois, ficar no direito só, mas no fato como núcleo básico. Só assim o controle é integrado e não parcial, valendo o famoso reproche de A. Sorel contra o juiz — "il déduit et n'obsérve pas". O percurso de ato administrativo que vai da vontade do seu agente até seu fim é um itinerário que merece atenção integral do analista. A natureza moral do ato diz respeito com o controle teleológico que repousa na aplicação do ato na sua verdadeira destinação. Qualquer desvio implica em distorção de finalidade, tornando ilegítimo o ato num ângulo capaz de contaminá-lo na sua globalidade. O homem, como a administração, tende a ser o legislador de si mesmo. Essa tendência mostra a necessidade de o analista afastar-se da determinação formal para o exame real das intenções ou práticas administrativas. Entre *a lex voluit* e o *modus faciendi,* há uma distância e larga margem por onde penetra a moral da crítica jurídica. A lei não é só texto, mas contexto. A livre discrição não significa liberdade sem controle. Basta ver que o ato discricionário brota duma opção de vários possíveis. Elege-se o mais conveniente ou oportuno. A conveniência ou oportunidade não é ato livre. Seu limite está na moralidade interna ou externa do ato. O interesse público serve de fiel de balança para medir o ato na sua discrição. O conceito de controle integrado alcança a área da conveniência ou oportunidade, onde imperava, até então, total imunidade de exame por razões de técnica ou falso preconceito. Os motivos e a finalidade do ato se sucedem e se completam, mas não se confundem. Toda manifestação de um agente administrativo está condicionada ao interesse público, como destinatário permanente da ação do Estado. Assim, *in genere,* qualquer ato administrativo está vinculado a um fim público, mesmo que a ele não se reporte, explicitamente, a norma legal de competência. Mas não é suficiente que o ato administrativo se enderece a uma finalidade qualquer de interesse coletivo. É necessário que se observe a finalidade específica, ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato. Se o agente visou a realização de outro fim socialmente legítimo, mas em discrepância com o objetivo da regra legal executada, haverá, igualmente, vício substancial de

[2] Tácito, Caio. *Direito administrativo.* p. 60-1.

nulidade.[3] É assente na doutrina que os atos administrativos têm, a seu favor, uma presunção de verdade ou legitimidade. O diagnóstico de desvio de finalidades exige cautelas extraordinárias, utilizando os instrumentos de precisão no dizer de Victor Nunes Leal "para não vestir um santo com a roupa de outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário.[4] Nem a ditadura dos juízes, nem a ditadura do executivo, mas justa medida na dosimetria dos atos administrativos que, acima de tudo, devem ser bem avaliados através da lei e da moral.

9. A administração moderna necessita sempre de maleabilidade, o que não significa arbítrio. Necessita a flexibilidade, o que não significa ação arbitrária. A liberdade do ato administrativo, no fundo, sofre a pressão dum determinismo inexorável. A chamada "livre discrição" é tabu adorado e mal interpretado na administração pública. Não tem sentido qualquer afastamento da lei. A livre discrição repousa, antes de tudo, na lei, mas fica ao administrador a opção diante de duas ou várias possibilidades. No poder discricionário, a ilegalidade é manifestável, se o agente do ato discricionário se afasta da lei que, prevendo pluralidade de soluções, não logrou ver-se aplicada através de uma delas sequer. No poder vinculante, a ilegalidade é sindicável, se o agente se afasta da lei que, prevendo uma solução única, não logrou ser aplicada com essa nota de singularidade obrigatória. Na discrição reside a capacidade de fazer apenas o que é conveniente, mas não de fazer tudo o que se quer. A solução entre os possíveis está sempre gizada pela "conveniência ou oportunidade". A administração vincula-se no tempo à conveniência ou à oportunidade, tendo sempre o limite do interesse público. Só assim a função do poder discricionário tende a assegurar a adaptação ao real da regra de direito. É ponto de conjugação do real com o fáctico. O vício, quando oculto, é de difícil averiguação prática. Os chamados motivos determinantes nem sempre se percebem claramente. Transformar o fato em direito não é tarefa fácil à compreensão da crítica jurídica. Está claro que a moralidade administrativa é algo essencialmente subjetivo; não obstante pode assumir sentido objetivo.[5] É importante a análise da ambígua expressão "livre discrição", para que à sombra da imprecisão conceitual não se aninhe a fraude ou se instale o permanente descalabro. No particular, merece lembrança o apotegma de Bentham: "A substância das cousas depende com freqüência das palavras."

[3] Tácito, Caio. *Direito administrativo*. p. 61.
[4] Nunes Leal, Victor. Poder discricionário e ação arbitrária. *Revista de Direito Administrativo*. v. 14, p. 53.
[5] Oliveira Franco Sobrinho, Manoel de. *O controle da moralidade administrativa*. Ed. Saraiva, 1974. p. 195.

10. Assume o controle integrado na área da administração pública estilo mais moral ou ético do que perfil legal ou formal. A simples moldura da legalidade mostrou-se insuficiente para perfeito controle das contas públicas. Desfigurou-se pela ausência do fundo de quadro. Veio, então, o sistema atual de auditoria para conciliação do formal com o substancial. Na realidade, a auditoria expressa uma técnica a serviço da moral dos atos administrativos. É inegável o acerto de Waline: "o direito não é feito para a comodidade dos juristas."[6] A face do fato moral tem maior expressão do que a imagem legal. As regras de "boa administração" nem sempre são escolhidas pelo seu lado moral, embora legais os seus pressupostos. Cabe ao analista visualizar a realidade na sua dimensão global, distinguindo as cousas sem separá-las. Nunca é demais repetir com Miguel Reale que "o direito não é algo diverso da moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas".[7] Em tudo está a moral: na economia, na política e no direito. O controle da vontade é, em parte, controle de moralidade. Toda a tecnologia do século XX, sem moral, seria destruição ou suicídio. De outro lado, invectiva com veemência Francisco Bilac Pinto: "A corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso País assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram toda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam."[8] Conclui o mesmo autor na sua exposição: "Em nosso País, atualmente, ninguém se anima a denunciar as falhas de conduta moral de políticos e servidores públicos, pela certeza de que o seu zelo pela decência administrativa não encontrará eco favorável nas esferas responsáveis pela direção do respectivo serviço público."[9]

Há certa dose de pessimismo na observação do tratadista, embora justificável o seu pensamento ao tempo da obra editada. Na atualidade, cresce uma consciência mais difusa e reflexa de moralidade no trato da cousa pública e seu controle, a ponto de merecer mais cuidado a riqueza pública do que a privada. A crise de moralidade do *ancien régime* reverte em moralidade da crise. A moralidade é espécie de "freios e contrapesos" presente de forma dinâmica na reforma administrativa brasileira. Pelo art. 13 do Decreto-lei 200/67, o controle das atividades administrativas é exercido em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo:

6 Waline, Marcel. Les rapports entre la loi e le règlement avant et après la Constitution de 1958. *Revue de Droit Public*, Paris, 1959. p. 75.
7 Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. SP, 1973. p. 65.
8 Bilac Pinto, Francisco. *Enriquecimento ilícito do exercício de cargos públicos*, p. 43.
9 Bilac Pinto, Francisco. op. cit. p. 44.

a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios dos sistema de contabilidade e auditoria.

Freme aí a ressonância da moralidade administrativa em todos os níveis. Dentro dessa tendência, cabe aos Tribunais de Contas a grande tarefa de implantar o controle integrado, mediante julgamento dos atos administrativos sob a ótica do direito e da moral. A missão é árdua, porque, no mais das vezes, a questão não é de lei, mas de moralidade e, quando mais não seja, choca-se a moral da lei com a moralidade do ato. A conformação protéica da decisão depende da dialética global dos fatos.

11. O controle integrado abre o conceito de tomada de contas que, ao longo do tempo, não passou de "calvário do direito". Sofreu profunda remodelagem. No seu bojo, não se opera tão só o processo da colheita de enganos ou coleção de irregularidades. Não basta, por certo, a exibição das imperfeições. A meta, também, consiste na avaliação dos resultados da ação governamental para indicar rumos ao futuro. "Interessa ao bem comum que a ação governamental se processe com legalidade e com moralidade. Mas interessa, também, e muito, que tal ação seja eficiente. Esbulha o povo o administrador desonesto; mas pode esbulhá-lo mais ainda o administrador indolente ou incapaz. Exige-se do governante que seja probo e respeitador da lei; mas exige-se-lhe, também, que tenha visão e descortino."[10] Portanto, todo e qualquer procedimento dos Tribunais de Contas precisa adaptar-se à nova ordem de valores. A revolução não é só de processo de trabalho como de filosofia de ação. Urge a conscientização da elevada responsabilidade de sua nova missão, para que sejam autênticos instrumentos constitucionais a serviço da verdade, da moral e do futuro do País.

[10] *Relatório sobre as contas do presidente da República do exercício de 1973 da Câmara dos Deputados.* p. 239.