

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*

SERGIO FERRAZ**

1. Introdução. 2. Função administrativa. 2.1. Agentes administrativos. 2.2 Ampliação do elenco: as autorizações e as permissões, as privatizações. 2.3. A relação de administração pública. 3. Política e ética da administração. 3.1. Os princípios da administração pública. 4. Os tipos de controle da administração pública: introdução, 4.1. O controle interno, 4.1.1. Peculiaridades nas fundações e nas empresas estatais. 4.2. O controle externo. 4.2.1. A sustação, pelo Legislativo, dos atos normativos do Executivo. 4.3. O controle da cidadania: introdução. 4.3.1. Seus alicerces. 4.3.2. Seu exercício por meio do Judiciário. 4.3.3. Seu exercício direto, perante a administração pública; o direito à informação e à privacidade; o direito de petição; o processo administrativo; a garantia do devido processo legal. 4.3.4. Seu exercício pelos meios políticos; a atuação direta do cidadão, perante as cortes de contas. 4.3.5. A plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais. 4.4. O controle institucional: introdução. 4.4.1. O Ministério Público. 4.4.2. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

1. A vastidão do tema do controle da atividade administrativa torna imperioso seu prévio confinamento, pena de se ter não uma palestra, mas um ensaio de consideráveis proporções. Doutra parte, as tecnicidades de alguns dos tópicos, do tema em questão, envolvem o risco de resvalar o expositor para searas de

* Transcrição da conferência proferida no VII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (Blumenau, abril de 1992).

** Ex-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-professor titular de Direito Administrativo da PUC/RJ.

aridez indiscutível, provocando desnecessário cansaço aos seus indulgentes e eventuais ouvintes. Disso tudo decorreu nossa eleição apriorística, por circunscrever a exposição aos aspectos de controle contidos na Constituição de 1988, com que, inclusive, estamos guardando fidelidade ao propósito maior deste Congresso, proclamado em todo o pertinente e respectivo material promocional: a definição dos “Novos rumos do Direito Administrativo” brasileiro.

2. Impõe-se, num primeiro momento, estabelecer o patamar conceitual do nosso trabalho.

Ao falarmos em controle da atividade administrativa, teremos em vista, de início, o desempenho, pelo Poder Público, da chamada função administrativa. Não desconhecemos quão tormentosa é a tarefa de definir tal função, sendo múltiplos os critérios e as escolas que a ela se dedicam, com resultados consideravelmente diversificados. Sem fazermos, aqui e agora, uma opção por qualquer delas, proclamaremos todavia nossa adesão, para os estritos propósitos desta exposição, ao chamado critério residualista. Com essa expressão, estamos a designar uma corrente de pensamento (que é, por exemplo, a de A. Gordillo), segundo a qual diz-se administrativa toda função estatal que não se identifica com a jurisdicional e a legislativa. O critério residualista, conquanto possa merecer críticas sob a perspectiva da rarefação de suas fronteiras conceituais, revela-se contudo útil, quando o objeto do estudo não é o próprio exame e classificação das diferentes funções estatais. Assim, se o que se tem em vista — tal como ocorre com o propósito desta exposição — é uma atividade (*in casu*, o controle), que incide sobre uma das funções estatais (no caso, a administrativa), não há prejuízo científico na aceitação da conceituação residual, até porque jurisdição (aplicação, ao caso concreto, de uma norma genérica e apriorística, de composição de condutas conflitantes ou reciprocamente resistentes) e legislação (produção e edição da antes referida norma) constituem conceitos com alto teor de univocidade de sentido.

Em resumo, por toda a nossa palestra, ao nos referirmos a função administrativa, estaremos contemplando as atividades estatais que não podem ser subsumidas aos escaninhos da legislação e da jurisdição.

2.1. Doutra parte, uma ponderação desde já se impõe, e ela se faz até mesmo pela estreita vinculação do plano da exposição à Constituição de 1988: na forma do que se decanta do art. 37, *caput*, da Lei Maior, a função administrativa pode até ser prioritariamente desempenhada pelo Poder Executivo, mas dele não é apanágio: desempenham-na, também, o Legislativo e o Judiciário, a administração direta e a indireta (bem assim a fundacional), a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Mas não só.

2.2. Fenômenos marcantes estão a sublinhar, em nossos dias, a diversificação da execução das atividades em benefício dos administrados.

De um lado, ganham relevo cada dia maior as delegações administrativas, nas formas tripartidas, constitucionalmente assentadas (art. 21, XII; 175): autorização, permissão, concessão. Conseqüência expressiva dessa flexibilização se reflete na adoção das figuras da autorização e sobretudo da permissão, para atuações que nada têm de precárias e que, pelo contrário, demandam do particular ingentes investimentos a requererem (até mesmo em razão do equilíbrio das contraprestações, constitucionalmente assegurado no art. 175) um mínimo de estabilidade, no tempo, da existência da relação entre Poder Público e executor particular da função. Foi certamente em razão de correto — mas audacioso, sobretudo na perspectiva doutrinária — entendimento dessas novas dimensões que o constituinte de 1988 não teve receio em referir-se a contrato de permissão (com todas as garantias daí decorrentes), outorgando destarte a essa figura um grau de consistência mais avançado do que aquele já alcançado, com a idéia, antes difundida, das permissões condicionadas.

A par das figurações, acima lembradas, é indiscutível que, doutro lado, adquire dia-a-dia mais presença e expressão a transferência da própria função (e não apenas de sua execução), para a empresa privada — é o fenômeno da privatização, que surge como verdadeira pedra-de-toque, na tentativa de modernização do Estado, para além dos figurinos das administrações indiretas e descentralizadas, que, de modo geral, se vêm revelando desgastadas e ineficazes, nas últimas décadas.

2.3. A breve incursão, que se fez no item precedente, aos novos canais de satisfação das necessidades e anseios da coletividade teve apenas por fito trazer luz para o sugestivo dinamismo que a flexibilização da atividade estatal vem conhecendo, tal como analisado na Constituição de 1988. Qualquer que seja, entretanto, o molde adotado, inclusive o das privatizações mais extremadas, uma realidade permanecerá intangível: a satisfação precípua da necessidade e do interesse públicos constitui o cerne eidético da função administrativa. Ao concretizá-la, o Estado — ou o particular que em seu nome, por qualquer figura de direito, atue — não está praticando atos de dono, que, como tal, gozaria do atributo da disponibilidade, em razão do qual poderia, inclusive, despir-se da função. Na clássica e feliz imagem de Cirne Lima, ao realizar efetivamente tais deveres, por si ou por terceiros, está o Estado empenhado numa relação de administração. E, como tal, sujeito — bem como assim também sujeitos os particulares que façam suas vezes — a todo um plexo de mecanismos de controle, como é curial que ocorra com todos os que não estão a braços com mera relação de propriedade.

Dai a última estaca no patamar conceitual até aqui elaborado: mesmo quando a execução da função administrativa se aparta, intensamente, quanto à identidade do executor, da figura do Estado, ainda assim o tema do controle incide massivamente, como consectário inafastável da constatação de que, na base de todas essas atuações, existe o estatuto típico da relação de administração.

3. Para que o exercício da função administrativa possa mais aptamente atingir os fins, a que proposta, impende a observância de dois parâmetros:

a) o de que se encarte numa política de administração, com o que de regra se viabiliza e se otimiza sua eficácia. Limitamo-nos à enunciação da questão, eis que a política da administração pública é tema alheio a nossa exposição

b) o de que observe uma ética administrativa, com o que se assegura (ao menos esse o propósito) a higidez axiológica das atuações estatais, dado essencial na configuração da validade de qualquer ação nas relações de administração.

3.1. A Constituição de 1988 oferece linhas seguras de amarração da ética administrativa. Consubstanciam-se elas nos chamados princípios da Administração Pública. Não se afeiçoaria ao tempo, que nos foi reservado, mergulhar a fundo no tema. Limitamo-nos a referi-lo, eis que falar de controle de administração pública, sem mencioná-lo, seria esdruxularia incomensurável. O que pretendemos deixar nitidamente assentado é que, ao controlar o acompanhamento ou a execução da função administrativa, o órgão ou agente controlador deverá ter em conta se:

a) na origem e no resultado, foram respeitados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade, da proporcionalidade, da publicidade (CF, art. 37, *caput*);

b) houve, ou não, causação de dano a terceiros; em caso positivo, impõe-se o dever da reparação, num regime de responsabilidade objetiva, independentemente da natureza jurídica do agente direto (CF, art. 37, § 6º);

c) correta e efetivamente motivada a atuação. O dever de motivação, insculpido no art. 93, X, da Constituição, dirige-se não apenas à função administrativa desempenhada pelo Judiciário, mas sim, à que qualquer agente estatal (ou que atue em nome do Estado, por delegação ou atribuição estatal) assumira, o que é decorrência inevitável do *caput* do art. 37. Acresce que, num sistema jurídico em que não se discute a possibilidade da sindicabilidade judicial do desvio e do abuso do poder, automaticamente se exige a motivação do ato administrativo, por isso que só do exame de sua existência, autenticidade e propriedade se pode chegar à constatação das aludidas patologias.

4. Cabe agora examinar os diferentes tipos de controle da administração pública, inseridos na Constituição de 1988. Por evidente, em razão do confinamento a que vestibularmente nos vinculamos, só iremos discorrer efetivamente sobre as inovações aqui operadas pela Carta de 1988.

Conforme iremos verificar, se a Administração Pública bem não anda isso não se deve à ausência de mecanismos de controle. Bem antes, eles existem, em excesso até, talvez. O que falta é, provavelmente, uma cultura de controle que, introjetando em administradores e administrados, com todas as suas conseqüências, a idéia de relação de administração pública, tornasse operante toda a farta coleção de remédios constitucionalmente consagrados. Provavelmente, com o tempo iremos conhecer, também entre nós, o efetivo primado da lisura administrativa.

4.1. A taxinomia consigna, em primeiro lugar, o controle interno, ou autocontrole. Sob essa denominação enquadram-se os mecanismos de controle existentes dentro da própria estrutura administrativa a ser controlada. Tais mecanismos atuam mediante a operacionalização dinâmica do conceito de hierarquia.

Em verdade, no que diz respeito ao controle interno a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais. Assim é que continua ela a traduzir-se em atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação. Provavelmente a única inovação aqui, defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num enriquecimento conteudístico, de qualidade, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa, anteriormente referidos.

4.1.1. Como subtipo de controle interno cabe referir a incidência, nas empresas estatais e nas fundações, dos equipamentos de controle, próprios dessas entidades (o Ministério Público e os diversos conselhos, previstos nas leis atinentes a tais pessoas), cuja existência não se afasta nem se adultera, pelo só fato de eventualmente integrarem elas a Administração Pública.

4.2. Em contraste com o que registrado relativamente ao controle interno, o controle externo se revela muito ampliado, na Constituição de 1988. Entende-se por controle externo aquele que é exercido pelo Legislativo, particularmente mediante a atuação do Tribunal de Contas.

Anote-se, em primeiro lugar, que o âmbito da atuação do Legislativo e das Cortes de Contas é, hoje, imenso, por isso que não mais restrito à legalidade, abrangendo também a legitimidade e a economicidade da atuação administrativa (CF, art. 70, *caput*).

Da mesma sorte, vitalizou-se, de muito, o papel dos Tribunais de Contas. Dificilmente pode-se dizer serem eles, hoje, apenas um auxiliar (CF, art. 71, *caput*) do Legislativo, no exercício do controle externo. Basta, para chegar-se a tal conclusão, meditar na conjugação de alguns comandos constitucionais. Verifique-se, por exemplo, que, a teor do inciso X do art. 71, pode o Tribunal sustar a execução do ato que impugnar, se não corrigidas as ilegalidades que nele aponta; a sustação é, *in casu*, uma providência mandatória e de plano eficaz, sendo objeto de mera comunicação ao Legislativo, salvo quando se trata de contrato, hipótese em que o ato de sustação será adotado diretamente pelo Legislativo, *ex vi* do § 1º do art. 71. Mas mesmo no caso de contrato, se o Legislativo ou o Executivo não sustarem sua execução, no prazo de 90 (noventa) dias da data em que apontada pelo Tribunal a ilegalidade, à Corte é integralmente atribuída a competência para agir, podendo decidir como considerar necessário, assumindo, inclusive, a prática do ato de sustação, diretamente (CF, art. 71, § 2º). Nesse contexto e ampliação de competências assume ainda ênfase a natureza executória direta de que agora revestidas as decisões do Tribunal de Contas, de que resultem imputação de débito ou multa: têm elas, *ex vi* do art. 71, § 3º, eficácia de título executivo.

4.2.1. Categórica inovação, no campo do controle externo, se encontra insculpida no art. 49, V, da Lei Maior: a competência do Congresso Nacional para "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa". Deixando-se de lado o sabor parlamentarista de tal competência, a verdade é que está posta em texto constitucional, sendo pois, só por isso, dotada de indiscutível eficácia. Além disso, é preciso proclamar que o constituinte aqui "disse menos do que queria" ou do que devia: sendo o preceptivo indiscutivelmente um meio de resguardo do princípio da separação de poderes, tem-se, por conseqüência, que, além dos atos normativos do Executivo, também os atos administrativos, nos normativos eventualmente exorbitantes respaldados, se submetem à regra da sustação, do art. 49, V. Estamos pois em face de fortíssimo procedimento de controle administrativo.

4.3. As alterações mais profundas, no sistema constitucional de controle da função administrativa, expressam-se nos meios para tanto postos à disposição da cidadania. Além de fazer-se ela atuante presença com a intermediação do Judiciário, revela-se ela também eficaz mediante ações diretas. Imprescindível, por tudo isso, certa detença neste segmento do nosso tema.

4.3.1. Na cerimônia de promulgação da Constituição, o Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães a batizou: Cons-

tuição Cidadã, Constituição da Cidadania. A fórmula tinha finalidade clara: indicar não só que essa era uma Lei Magna nascida dos anseios manifestados, direta e indiretamente, pela cidadania; mas também, e acima disso, uma Constituição que assegura ao cidadão — e o conclama a isso! — a fiscalização (*pari passu*) e a correção da atividade administrativa. A proclamação da Constituição Cidadã, para não se revestir das feições da simples dicção retórica, se fez juridicamente instrumentalizada, com o levantamento de três pilares técnico-jurídicos fundamentais: a consagração e difusão da idéia de interesses e direitos difusos e coletivos; a criação de remédios processuais de tutela a tais interesses difusos e coletivos; a adoção e expansão da técnica das legitimações extraordinárias (processuais e políticas), coletivas e difusas. O levantamento desse tripé enseja a realização efetiva da regra do parágrafo único do art. 1º da Lei Maior, segundo o qual o poder, que emana todo do povo, por ele é exercido, não só por meio de seus representantes, mas também diretamente.

4.3.2. Como decorrência de todos os vetores, acima enunciados, de muito se ampliaram as atuações de controle do Judiciário, bem como as pertinentes vias de acesso. Assim, e como simples exemplo:

a) o Judiciário aprecia não mais apenas a lesão, mas também qualquer ameaça a direito (com o que, *verbi gratia*, se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) — CF, art. 5º, XXXV;

b) as entidades associativas podem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) — CF, art. 5º, XXI;

c) sem prejuízo da letra *b* supra, a ela aditando reforço, tem-se o fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art. 8º, III);

d) o vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, teve o controle de sua observância depositado nas mãos do cidadão, que conta, para tanto, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo na nova Lei Maior (CF, art. 5º, LXXIII).

Coexistindo com todas essas conquistas, permanecem íntegros, como meios de controle, o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

4.3.3. A par da intermediação do Judiciário, tem o cidadão outros meios de controle na Lei Maior, no particular intensamente aprofundado e ampliado.

Em primeiro tomo, assinala-se que, conquanto a Constituição assegure o direito à privacidade (art. 5º, particularmente nos incisos X, XI e XII), garante

em contrapartida um direito à informação (art. 5º, XIV), tutelado, inclusive, por um novo remédio processual constitucional específico — o *habeas data* (art. 5º, LXXII). Aliás, no que particularmente diz respeito ao *habeas data*, ressalte-se que, na forma da consagração constitucional, serve ele não só para realizar concretamente o direito à informação, senão também para compelir a Administração à retificação de dados equívocos ou adulterados, guardados em seus registros. Trata-se, pois, de um excelso instrumento de controle, posto à disposição do cidadão.

Em segundo tomo, merece referência a circunstância de ter sido o clássico direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), valioso meio de contraste da atuação administrativa, adequadamente regulado e aparelhado. Isso porque, exercitando-se ele por meio de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Caberia, a propósito, sublinhar que, ao ter sido assim conotado, o processo administrativo, com esse perfil, é o único que preenche a previsão do devido processo legal, este por seu turno agora alçado à condição de garantia constitucional expressa (CF, art. 5º, LIV). O resultado desse conjunto pode ter sabor verdadeiramente revolucionário, capaz de reformular toda a *praxis* do nosso direito administrativo, classicamente vincado a uma visão autoritária: tal sabor concentracionário do poder não mais estará apto a prevalecer, a partir do simples momento em que o processo administrativo deixa de ser propriedade da Administração ou de seus agentes. Lançado ele à luz, à transparência das garantias judiciais, tornará evidente a motivação dos atos administrativos, inviabilizará as decisões ou os pareceres reservados, concretizará a idéia de igualdade. Em suma, com essas tônicas, o processo administrativo passa a ser, só por si, um extraordinário instrumento de controle da atividade administrativa.

4.3.4. Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política, para o controle da atividade administrativa.

Parece-nos claro que, como tal, funcionam, com formidável alcance, o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art. 14). Mas para além dessas notáveis conquistas, importa destacar duas inovações controladoras, de ousadíssima amplitude:

a) o direito do contribuinte, de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art. 31, § 3º);

b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as cortes de contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 74, § 2º).

4.3.5. Aduza-se, por ser de imperativo relevo, que a Constituição de 1988 repele qualquer interpretação tendente a transformar todas as conquistas, até aqui examinadas, em simples proclamações programáticas ou retóricas. Nessa perspectiva é que cumpre estudar — o que não é propósito desta exposição — o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), sempre à luz do § 1º do art. 5º, pelo qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

4.4. Não bastassem todos esses variadíssimos meios de controle da atividade administrativa, a Constituição de 1988 ainda fundou um outro tipo de controle, que denominaremos institucional, por isso que confiado a duas instituições de inserção constitucional.

4.4.1. Muito já se escreveu sobre as novas dimensões e o merecido enobrecimento do Ministério Público, no seio da nova Constituição.

Para os propósitos específicos de nossa exposição, conviria agora destacar o art. 129, com foco: no inciso III, em razão do qual se confia ao Ministério Público (particularmente por meio da ação civil pública, mas também com o inquérito civil) a “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (mesmo quando a agressão ou ameaça parta da Administração Pública); no inciso IV, que manteve a legitimação ativa da instituição, para a ação direta de inconstitucionalidade e, particularmente, a representação interventiva (quase sempre calcada em atos da função administrativa, infringentes aos chamados princípios sensíveis da Constituição); no inciso VII, que põe nas mãos do “Parquet” o controle externo da atividade policial.

4.4.2. A Constituição de 1988 alçou a seu patamar a advocacia e a sua instituição aglutinadora, a Ordem dos Advogados do Brasil. Tendo em vista que o Estatuto básico da profissão e de sua instituição, a Lei nº 4.215/63, comanda à entidade (art. 18, inciso I) e ao advogado individualmente considerado (art. 87, incisos I e X) o dever de lutar pela ordem jurídica, a Constituição, a boa aplicação das leis e o aperfeiçoamento das instituições (competindo-lhes representar contra autoridades e funcionários, pela falta de exação ou pelo abuso no desempenho de suas atribuições), conclui-se que à advocacia e à OAB cabe agora, igualmente, um excelso papel, no conjunto das atividades de controle administrativo. Tal conclusão ganha particular ênfase quando se traz a lume o art. 129 da mesma Lei nº 4.215, segundo o qual os presidentes do Conselho Federal, das Seções e Subseções “têm qualidade para agir, mesmo criminalmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições desta lei...” Todo esse arcabou-

ço adquire expressivas tintas definitivas, ao se verificar, no art. 103, VII da Constituição Federal, que também à OAB foi conferida legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade.

Assim aparelhados, deverão os advogados, mais que nunca, adotar como norma de agir, em suas vidas, as célebres palavras de Poincaré, ao discursar por ocasião do Centenário da restauração da Ordem dos Advogados na França:

“Porque constrói, por seu trabalho, uma situação normal, o advogado não depende mais do que de si mesmo. É o homem livre em toda a extensão da palavra. Sobre ele pesam tão-somente servidões voluntárias. Autoridade alguma exterior detém sua atividade individual. A ninguém dá conta de suas opiniões, de suas palavras, de seus atos. Sobre sua cabeça não pende outra autoridade que a da Lei.”