

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ROTEIRO

Nesta unidade, nosso objetivo é analisar a sujeição das atividades administrativas do Poder Público ao mais amplo controle possível, que é um corolário dos Estados de Direito, nos quais somente a lei, manifestação da vontade do povo, único titular da coisa pública, deve pautar toda a atividade da administração pública, atividade esta cujo fim mediato deve sempre ser o mesmo: a defesa do interesse público.

INTRODUÇÃO.

Inicialmente, mostra-se difícil estabelecer seu correto conteúdo, já que não existe um diploma único que o discipline, nem a Constituição dele tratou concentradamente em um específico título ou capítulo.

A ideia central, entretanto, quando se fala em controle da administração pública, reside no fato de o titular do patrimônio público (material e imaterial) ser o povo, e não a administração pública, razão pela qual ela se sujeita, em toda a sua atuação, sem qualquer exceção, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim sendo, na qualidade de mera gestora de coisa alheia, sem que dela possa dispor, deve a administração pública pautar a integralidade de suas condutas pela mais ampla transparência, a fim de que o efetivo titular da coisa pública possa, a todo tempo, ter condições de verificar se esta -a coisa pública - está realmente sendo gerida da forma mais adequada ao interesse público.

É oportuno mencionar que o legislador constituinte derivado, atento à necessidade imperativa de controle eficaz de quaisquer órgãos administrativos, introduziu no texto constitucional a previsão de criação de dois órgãos com essa atribuição específica de controle: o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, previstos, respectivamente, no art. 103-B e no art. 130-A da Carta Política, ambos acrescentados pela EC 45/2004 ("reforma do Judiciário").

Com efeito, ao CNJ compete, entre outras atribuições, "o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes", bem como "zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros

ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União".

Na mesma toada, tem o CNMP, entre outras, competência para "o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros", e para "zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas".

1. CONCEITO.

Pode-se conceituar controle administrativo como o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria administração pública, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, orientação e revisão da atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todos os Poderes e níveis da Federação.

A mais ampla sindicabilidade dos atos administrativos - e da atuação administrativa globalmente considerada, inclusive das omissões indevidas - é corolário da cidadania, fundamento da República, e garantia de legitimação da administração pública como aparato de concretização e defesa do interesse público. O poder-dever de controle é efetuado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e alcança toda atividade administrativa e todos os agentes públicos que a desempenham, em todos os órgãos e entidades administrativos de todos os Poderes da República. Por essa razão, diversas são as formas de exercício do controle e, como seria de esperar, muito variadas as denominações e classificações propostas pela doutrina.

Para José dos Santos Carvalho Filho é o “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder”.

2. ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO.

2.1. CONFORME A ORIGEM.

CONTROLE INTERNO. Controle interno é aquele exercido dentro de um mesmo Poder, seja o exercido no âmbito hierárquico, seja o exercido por meio de órgãos especializados, sem relação de hierarquia com o órgão controlado, ou ainda o controle que a administração direta exerce sobre a administração indireta de um mesmo Poder.

Exemplos. Assim, o controle que as chefias exercem sobre os atos de seus subordinados dentro de um órgão público é classificado como controle interno. Da mesma forma, o controle que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, quando provocado, exerce sobre as decisões proferidas pelas Delegacias de Julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil, é modalidade de controle interno, exercido por órgão especializado. Ainda exemplificando, o controle que o Ministério da Previdência e Assistência Social exerce sobre determinados atos administrativos praticados pela autarquia Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é forma de controle interno.

O mesmo raciocínio vale para os demais Poderes. Sempre que um agente ou órgão do Poder Legislativo possuir atribuição de fiscalizar a prática de determinado ato administrativo praticado pelo mesmo Poder Legislativo estaremos diante de hipótese de controle interno. Igualmente, quando órgãos ou agentes do Poder Judiciário verificam a legitimidade e a regularidade dos atos administrativos praticados pelo próprio Judiciário, a hipótese será de controle interno. O art. 74 da Constituição de 1988 determina que os Poderes mantenham sistemas de controle interno, estabelecendo os itens mínimos a serem objeto desse controle.

CONTROLE EXTERNO. Diz-se externo o controle quando exercido por um Poder sobre os atos administrativos praticados por outro Poder. São exemplos de atos de controle externo:

- a) a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF, art. 49, V);
- b) a anulação de um ato do Poder Executivo por decisão judicial;

c) o julgamento anual, pelo Congresso Nacional, das contas prestadas pelo Presidente da República e a apreciação dos relatórios, por ele apresentados, sobre a execução dos planos de governo (CF, art. 49, IX); d) a auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União sobre despesas realizadas pelo Poder Executivo federal.

Registramos a orientação de alguns autores, segundo a qual o controle exercido pela administração direta sobre as entidades da administração indireta (controle finalístico, supervisão ou tutela administrativa) seria também classificado como controle externo. Essa é a classificação proposta pela Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro e pelo Prof. José dos Santos Carvalho Filho.

Pensamos que essa orientação, ao considerar externo o controle exercido no âmbito de um mesmo Poder (o controle exercido pelos órgãos do Poder Executivo sobre as entidades da administração indireta vinculadas ao mesmo Poder Executivo), destoa do texto constitucional, que, em mais de um ponto, adota a expressão "controle interno" para referir-se ao controle exercido no âmbito interno de um mesmo Poder e "controle externo" para tratar do controle exercido por um Poder sobre a atuação de outro Poder (por exemplo, art. 70, caput, art. 71, caput, art. 74, caput, todos da Constituição da República).

Dessa forma, reiteramos nossa preferência pela classificação segundo a qual só é controle externo o que um Poder exerce sobre a atuação do outro, reservando a expressão "controle interno" para todo e qualquer controle exercido no âmbito de um mesmo Poder, ainda que entre pessoas jurídicas distintas. Essa é a posição perfilhada, também, pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello.

CONTROLE POPULAR. Como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Constituição contém diversos dispositivos que dão aos administrados a possibilidade de - diretamente ou por intermédio de órgãos com essa função institucional - verificarem a regularidade da atuação da administração pública e impedirem a prática de atos ilegítimos, lesivos ao indivíduo ou à coletividade, ou provocarem a reparação dos danos deles decorrentes. Assim, o art. 31, § 3., da Constituição Federal, determina que as contas dos municípios fiquem, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Ainda exemplificando, o art. 5., LXXIII, da Carta da República, estabelece que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural". Também o § 2. do art. 74 da Constituição estatui que "qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União".

Oportuno é mencionar, igualmente, o § 3. do art. 37 do Texto Magno, segundo o qual a lei deve disciplinar as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (a) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, respeitadas as limitações impostas pela própria Constituição, nos incisos X e XXXIII do seu art. 5.º; (c) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. E assim por diante.

2.2. CONFORME O MOMENTO DE EXERCÍCIO.

CONTROLE PRÉVIO OU PREVENTIVO (*a priori*). Diz-se prévio o controle quando exercido antes do início da prática ou antes da conclusão do ato administrativo, constituindo-se em requisito para a validade ou para a produção de efeitos do ato controlado. Exemplo de controle prévio é a autorização do Senado Federal necessária para que a União, os estados, o Distrito Federal ou os municípios possam contrair empréstimos externos. É também exemplo a aprovação, pelo Senado Federal, da escolha de ministros dos tribunais superiores, do Procurador-Geral da República, do presidente do Banco Central etc., conforme previsto no art. 52 da Constituição de 1988. A aprovação ali referida é um ato de controle prévio, pois precede a nomeação dos citados agentes públicos, conforme se depreende da leitura do art. 84, XIV, da Carta Política. Por último, pode-se citar como controle prévio a concessão de uma medida liminar em mandado de segurança preventivo que impeça a prática ou a conclusão de um ato administrativo que o administrado entenda ameaçar direito líquido e certo seu.

CONTROLE CONCOMITANTE. O controle concomitante, como o nome indica, é exercido durante a realização do ato e permite a verificação da regularidade de

sua formação. São exemplos de controle concomitante a fiscalização da execução de um contrato administrativo, a realização de uma auditoria durante a execução do orçamento, o acompanhamento de um concurso pela corregedoria competente etc.

CONTROLE SUBSEQUENTE OU CORRETIVO. O controle subsequente, talvez a mais comum das modalidades, é exercido após a conclusão do ato. Mediante o controle subsequente é possível a correção de defeitos do ato, a declaração de sua nulidade, a sua revogação, a sua cassação, ou mesmo conferir eficácia ao ato. Exemplos são a homologação de um procedimento licitatório, a homologação de um concurso público, a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar etc. O controle judicial dos atos administrativos é, regra geral, um controle subsequente. Os controles realizados pelos tribunais de contas também são, no mais das vezes, controles subsequentes. É oportuno observar que, embora seja usual a doutrina utilizar a expressão "controle corretivo" como sinônimo de "controle posterior" ou de "controle subsequente", a verdade é que o controle posterior não se presta somente a corrigir um ato com algum defeito. De fato, na hipótese de revogação, o controle extingue um ato plenamente válido, porém inoportuno ou inconveniente. Ademais, em muitos casos o controle posterior simplesmente confirma, certifica, atesta a regularidade do ato praticado (como ocorre nas homologações e ratificações, por exemplo).

2.3. QUANTO AO ASPECTO CONTROLADO.

CONTROLE DE LEGALIDADE OU LEGITIMIDADE. Por esse controle verifica-se se o ato foi praticado em conformidade com o ordenamento jurídico. Faz-se o confronto entre uma conduta administrativa e uma norma jurídica, que pode estar na Constituição, na lei ou em outro ato normativo primário, ou mesmo em ato administrativo (infralegal) de conteúdo impositivo para a própria administração. É corolário imediato do princípio da legalidade.

Ressalte-se que o controle de legalidade ou legitimidade não verifica apenas a compatibilidade entre o ato e a literalidade da norma legal positivada. Devem, também, ser apreciados os aspectos relativos à obrigatória observância do ordenamento jurídico como um todo, mormente dos princípios administrativos, tais como o princípio da moralidade ou o da finalidade (impessoalidade).

É mister anotar, ainda, que, a partir da EC 45/2004, passou a ser expressamente obrigatória a observância, pela administração pública, do disposto em súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, reza o art. 103-A, § 3.0, da Carta da República que o ato administrativo que contrariar a súmula vinculante aplicável, ou que indevidamente a aplicar, dá ensejo à apresentação de "reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo".

O controle de legalidade ou legitimidade pode ser exercido pela própria administração que praticou o ato, hipótese em que teremos controle interno de legalidade, no exercício do poder de autotutela. Pode, também, ser exercido pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função precípua jurisdicional, ou pelo Poder Legislativo, nos casos previstos na Constituição (ambas as hipóteses são de controle externo).

O exame pelo Judiciário, em mandado de segurança, da legalidade de um ato do Executivo e a apreciação pelo Poder Legislativo, por meio do Tribunal de Contas da União, da legalidade dos atos de admissão de pessoal do Executivo são exemplos de controle de legalidade externo. O exercício do controle de legalidade pode ter como resultado a confirmação da validade, a anulação ou a convalidação do ato controlado.

O controle que visa à confirmação da validade de um ato geralmente é exercido por autoridade diversa daquela que o praticou. Os instrumentos típicos desse controle são atos como a homologação, a ratificação, o visto, ou qualquer outro - não importa o nome - cujo conteúdo traduza a certificação de que o ato ou o procedimento verificado está em conformidade com o ordenamento jurídico, não contém qualquer defeito concernente a sua validade.

A anulação de um ato ou procedimento decorre da constatação de que houve vício de validade na sua prática. Pelo fato de a anulação ter por fundamento uma ilegalidade ou ilegitimidade, ela pode ser feita pela própria administração (controle interno) ou pelo Poder Judiciário (controle externo). A anulação opera efeitos retroativos (*ex tunc*), isto é, retroage à origem do ato, desfazendo as relações dele resultantes (resguardados, entretanto, os efeitos já produzidos para terceiros de boa-fé).

É importante atentar para o fato de que nem sempre um vício de validade no ato acarretará a sua anulação. Em alguns casos, em vez de anular o ato, pode a administração optar por mantê-lo no mundo jurídico. Deveras, os atos que contenham defeitos sanáveis, desde que não acarretem lesão ao interesse público nem prejuízo a

terceiros, podem ser objeto de convalidação - "correção" do ato, com efeitos retroativos, ou seja, o ato e seus respectivos efeitos são "regularizados" desde a origem. A opção por convalidar é privativa da própria administração pública, quando ela considere que essa providência atende melhor ao interesse público do que anular o ato. Vale dizer, a convalidação, quando é possível, depende de decisão discricionária da administração pública que praticou o ato. Na esfera federal, a possibilidade de convalidação expressa de atos administrativos pela administração pública está regradada no art. 55 da Lei 9.784/1999.

Em resumo, mediante o controle de legalidade ou legitimidade, a administração, ou o Poder Judiciário e, nos casos expressos na Constituição, o Poder Legislativo, confirmam a validade de atos praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, ou anulam atos administrativos ilegais ou ilegítimos. No âmbito desse controle é possível, ainda, a convalidação, pela administração, de atos praticados com defeitos sanáveis (e que não acarretem lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros).

CONTROLE DE MÉRITO. O controle de mérito visa a verificar a oportunidade e a conveniência administrativas do ato controlado. Trata-se, portanto, de atuação discricionária, exercida, igualmente, sobre atos discricionários.

O controle de mérito propriamente dito é um controle administrativo que, como regra, compete exclusivamente ao próprio Poder que, atuando na função de administração pública, editou o ato administrativo. Excepcionalmente, e apenas nos casos expressos na Constituição da República, o Poder Legislativo tem competência para exercer controle de mérito sobre atos praticados pelo Poder Executivo (e pelo Poder Judiciário, no exercício de função administrativa).

Trata-se de um controle sobretudo político, mas costuma ser enquadrado como controle de mérito pelos administrativistas, no intuito de ressaltar o fato de que não se trata de um simples controle de legalidade (o Poder Legislativo também exerce controle de legalidade sobre os atos administrativos praticados pelos demais Poderes, conforme se estudará adiante). Nas hipóteses de controle político, o Poder Legislativo atua com discricionariedade.

São exemplos as diversas situações em que é necessária uma autorização prévia ou aprovação do Legislativo para a prática de algum ato pelo Executivo, como ocorre na apreciação prévia pelo Senado dos nomes escolhidos pelo Presidente da República para

presidente e diretores do Banco Central. O controle legislativo, entretanto, embora possa em algumas situações ser um controle discricionário, não chega ao ponto de permitir que o órgão controlador proceda à revogação de um ato discricionário sujeito ao seu controle, ou seja, não pode o referido órgão substituir, pelo seu próprio, o juízo de oportunidade e conveniência do administrador, quando tal juízo tiver sido exercido em conformidade com a lei e os princípios jurídicos.

Tradicionalmente afirma-se não caber ao Poder Judiciário exercer controle de mérito sobre atos praticados pelo Poder Executivo (tampouco pelo Legislativo, no exercício de função administrativa). Essa afirmação está absolutamente correta, mas deve ser entendida em seus precisos termos. Com efeito, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Executivo (e sobre os atos administrativos praticados pelo Legislativo) é, sempre, um controle de legalidade e legitimidade. Se o Judiciário entender que o ato é ilegal ou ilegítimo, promoverá a sua anulação, nunca a sua revogação, porque esta se refere a juízo de oportunidade e conveniência administrativas, concernente a atos discricionários, e não à apreciação da validade do ato.

O resultado do exercício do controle de mérito é, portanto, a revogação, pela administração, de atos discricionários por ela própria regularmente editados; atos plenamente válidos que passaram a ser considerados inconvenientes. Assim, o Poder Judiciário nunca realiza controle de mérito de ato praticado por outro Poder. O que se vem de afirmar não deve ser confundido com o controle de legalidade ou legitimidade que o Judiciário exerce sobre os limites da válida atuação discricionária da administração pública.

Deveras, a doutrina usualmente afirma que os princípios administrativos fundamentais, especialmente os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, são eficazes instrumentos de controle da discricionariedade administrativa. Isso significa, tão somente, que, com base em princípios jurídicos, o Poder Judiciário pode decidir, em um determinado caso, que um ato administrativo que a administração alegava haver editado no uso legítimo de seu poder discricionário foi, na verdade, praticado com abuso de poder, além dos limites da válida atuação discricionária que a lei, naquele caso, possibilitava à administração.

Simplificadamente, o Judiciário poderá decidir que a atuação discricionária que a administração alega ter sido legítima foi, na verdade, uma atuação fora da esfera legal

de discricionariedade, foi uma atuação, simplesmente, ilegal ou ilegítima. Portanto, pode ocorrer de o Poder Judiciário, por exemplo, anular um ato administrativo de aplicação de uma penalidade disciplinar por entender a sanção desproporcional aos motivos declarados pela administração, ou anular um ato administrativo de dispensa de licitação por considerar inexistente a alegada situação emergencial apontada como motivo pela administração etc.

Deve-se frisar bem que o Judiciário não estará interferindo em uma eventual avaliação feita pelo Poder Executivo (ou pelo Poder Legislativo no exercício de função administrativa) quanto à oportunidade e à conveniência administrativas da prática de um ato discricionário. O que o Judiciário pode fazer, e tem feito, é declarar ilegal um ato que, a pretexto de basear-se em valoração de oportunidade e conveniência, esteja malferindo princípios jurídicos, especialmente os da razoabilidade e proporcionalidade.

Deve restar claro, igualmente, que em tais situações o resultado da atividade jurisdicional é a anulação do ato administrativo viciado. Em nenhuma hipótese é possível a revogação, pelo Poder Judiciário, de atos praticados pelo Poder Executivo (ou pelo Poder Legislativo). O resultado do exercício do controle de mérito realizado pela administração é, portanto, a revogação de atos discricionários por ela própria regularmente editados. A revogação retira do mundo jurídico atos válidos, legítimos, sem vícios, mas que a administração considera terem se tomado inconvenientes ou inoportunos.

Esse juízo e a conseqüente revogação do ato, repita-se, são exclusivos da própria administração que praticou o ato que será revogado. A revogação tem por fundamento o poder discricionário. Somente pode ser realizada pela própria administração e pode, em princípio, alcançar qualquer ato discricionário, resguardados, entretanto, os direitos adquiridos. Em todos os casos, como o ato revogado era um ato válido, sua revogação somente pode produzir efeitos prospectivos (*ex nunc*). Cabe, por fim, reforçar um ponto acima aludido: todos os Poderes têm competência para revogar os atos administrativos por eles próprios editados.

Embora os atos administrativos sejam tipicamente atos do Poder Executivo (em virtude de sua função precípua), todos os Poderes, em exercício de funções atípicas ou secundárias, editam atos administrativos. Assim, é correto afirmar, como acima fizemos, que o Poder Judiciário nunca revogará um ato administrativo no exercício de

sua função típica jurisdicional. Decorre daí que o Poder Judiciário - seja qual for a natureza da função que estiver exercendo - jamais revogará um ato administrativo editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

Todavia, os atos administrativos editados pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de suas funções administrativas, somente poderão ser revogados por ele próprio (Judiciário), ressaltando-se que, ao revogar os seus próprios atos administrativos, o Judiciário não estará exercendo função jurisdicional, mas sim administrativa (estará considerando inoportuno ou inconveniente para o interesse público o ato administrativo por ele editado).

2.4. QUANTO À AMPLITUDE.

CONTROLE HIERÁRQUICO. O controle hierárquico decorre do escalonamento vertical de órgãos da administração direta ou do escalonamento vertical de órgãos integrantes de cada entidade da administração indireta. O controle hierárquico é sempre um controle interno. É típico do Poder Executivo, mas nada impede que exista escalonamento vertical entre órgãos administrativos e agentes públicos nos Poderes Legislativo e Judiciário, resultando em relações superior-subordinado, com a consequente e automática existência de controle hierárquico.

Exemplificando, na administração direta federal, os ministérios exercem controle hierárquico sobre suas secretarias, as quais, por sua vez, controlam hierarquicamente suas superintendências, que exercem controle hierárquico sobre suas delegacias e assim por diante. No âmbito interno de uma entidade da administração indireta é, também, exercido o controle hierárquico. Por exemplo, o presidente de uma autarquia controla os atos dos superintendentes seus subordinados, que por sua vez exercem controle hierárquico sobre os atos dos chefes de departamentos a eles subordinados e assim por diante.

Em resumo, sempre que, dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica, houver escalonamento vertical entre órgãos ou entre agentes públicos, haverá controle hierárquico do superior sobre os atos praticados pelos subordinados. Em razão de sua natureza, o controle hierárquico é pleno (irrestrito), permanente e automático (não depende de norma específica que o estabeleça ou autorize). Por meio do controle hierárquico podem ser verificados todos os aspectos concernentes à legalidade e ao mérito de todos os atos praticados pelos agentes ou órgãos subalternos a determinado

agente ou órgão. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, para o exercício do controle hierárquico são necessárias as faculdades de supervisão, coordenação, orientação, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atividades controladas. É também fundamental que os agentes responsáveis pelo controle possuam meios corretivos dos desvios e irregularidades verificados.

CONTROLE FINALÍSTICO. O controle finalístico é aquele exercido pela administração direta sobre as pessoas jurídicas integrantes da administração indireta. Como resultado da descentralização administrativa, compõem a administração pública não só os órgãos da administração direta, que integram a estrutura organizacional de uma única pessoa (a União, cada um dos estados, o Distrito Federal, cada um dos municípios), mas também outras pessoas jurídicas, com autonomia administrativa e financeira, vinculadas (e não subordinadas) à administração direta.

Assim, na administração pública federal, temos a administração direta federal (centralizada), composta por órgãos despersonalizados inseridos na estrutura orgânica da pessoa política União, e a administração indireta federal, composta pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais, vinculadas a um ministério relacionado às atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica (ou vinculadas diretamente à Presidência da República).

Em razão da autonomia administrativa mencionada, o controle das entidades da administração indireta em muito difere do controle hierárquico pleno e automático acima descrito. Com efeito, o controle finalístico depende de norma legal que o estabeleça, determine os meios de controle, os aspectos a serem controlados e as ocasiões de realização do controle. Deve, ainda, ser indicada a autoridade controladora e as finalidades objetivadas.

Em resumo, o controle finalístico, uma vez que fundamentado em uma relação de vinculação entre pessoas (e não em subordinação entre órgãos ou agentes), é um controle limitado e teleológico, ou seja, restringe-se à verificação do enquadramento da entidade controlada no programa geral do governo e à avaliação objetiva do atingimento, pela entidade, de suas finalidades estatutárias. O controle finalístico é também denominado pela doutrina, simplesmente, tutela administrativa.

O Decreto-lei 200/1967, que se aplica à administração federal, refere-se a ele como supervisão ministerial. Embora essa expressão ainda seja usada, é oportuno

registrar que nem todas as entidades da administração indireta federal são vinculadas especificamente a um ministério, haja vista a existência de entidades da administração indireta federal vinculadas diretamente à Presidência da República. É interessante anotar a lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da tutela administrativa. Para o emérito administrativista, o controle finalístico exercido em condições normais precisa estar expressamente previsto em lei (entendimento doutrinário amplamente majoritário). Ressalta, entretanto, que, em situações excepcionais, de condutas patentemente aberrantes de entidades da administração indireta, cabe o controle por parte da administração direta, mesmo na ausência de expressa previsão legal. Trata-se daquilo que o autor denomina tutela extraordinária.

3. CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO SOBRE SEUS PRÓPRIOS ATOS.

3.1. INTRODUÇÃO.

O controle que a própria administração pública realiza sobre suas atividades costuma ser referido, simplesmente, como controle administrativo - em contraposição aos denominados controle legislativo e controle judicial. Neste tópico, a expressão "controle administrativo" será empregada com esse significado.

Portanto, controle administrativo é o controle interno, fundado no poder de autotutela, exercido pelo Poder Executivo e pelos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário sobre sua própria atuação administrativa, tendo em vista aspectos de legalidade e de mérito administrativo (conveniência e oportunidade administrativas). O controle administrativo típico é aquele realizado pelo Poder Executivo sobre os atos de seus próprios órgãos e entidades. Entretanto, o Legislativo e o Judiciário também realizam controle administrativo, quando, exercendo função administrativa, fiscalizam os atos administrativos editados pelos seus próprios órgãos.

Assim, quando o Poder Legislativo aprecia a legitimidade ou o mérito de um ato administrativo oriundo de um dos seus órgãos, está realizando controle administrativo. Por exemplo, quando uma autoridade do Legislativo exonera um servidor nomeado para cargo em comissão (controle de mérito), ou quando a corregedoria do Legislativo de um município anula um concurso público realizado para preenchimento de cargos efetivos

na respectiva câmara municipal, no qual constatou alguma irregularidade (controle de legalidade), está sendo exercido controle administrativo.

É também controle administrativo aquele exercido pelo Judiciário, no exercício de função administrativa, sobre os seus próprios atos de natureza administrativa. Por exemplo, quando o diretor da secretaria de uma determinada vara da Justiça do Trabalho revoga uma portaria de delegação de competência que editara a fim de transferir a um subordinado o exercício de uma de suas atribuições legais (controle de mérito), ou quando a autoridade competente para homologar uma licitação realizada por um tribunal do Poder Judiciário verifica uma irregularidade no procedimento e anula a licitação (controle de legalidade), está ocorrendo controle administrativo.

O controle administrativo é um controle de legalidade e de mérito. É sempre um controle interno, porque é realizado por órgãos integrantes do mesmo Poder que praticou o ato. Deriva do poder de autotutela que a administração pública tem sobre seus próprios atos e agentes, cuja expressão está sintetizada na Súmula 473 do STF, com esta redação:

473 - 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.

O exercício do controle administrativo pode ocorrer de ofício, isto é, por iniciativa da própria administração pública, ou ser deflagrado por provocação dos administrados, mediante reclamações, representações, impugnações, recursos e petições administrativas de um modo geral, tenham ou não denominação específica. O Supremo Tribunal Federal já deixou assente que o exercício da autotutela administrativa, quando implique desfazimento de atos administrativos que afetem interesse do administrado, modificando desfavoravelmente sua situação jurídica, deve ser precedido da instauração de procedimento no qual se dê a ele oportunidade de contraditório, isto é, de apresentar alegações que eventualmente demonstrem ser indevido o desfazimento do ato (RE 594.296/MG, rei. Min. Dias Toffoli, 21.09.2011, Pleno, unânime, decisão de mérito com repercussão geral).

No julgamento em questão, a Ministra Carmen Lúcia, em voto-vista, chegou a defender que se reveja o enunciado da Súmula 473 do STF, para o fim de explicitar que

o exercício do poder-dever de autotutela da administração pública exige que sejam "garantidos, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial" (Informativo 641 do STF). Deve-se enfatizar que esse entendimento é aplicável a todas as formas de desfazimento de atos administrativos pela própria administração, bastando que o administrado tenha mero interesse no ato a ser desfeito e o respectivo desfazimento repercuta negativamente na sua esfera jurídica.

O controle administrativo pode ser hierárquico ou não hierárquico. Existe controle hierárquico entre os órgãos da administração direta que sejam escalonados verticalmente, em cada Poder, e existe controle hierárquico entre os órgãos de cada entidade da administração indireta que sejam escalonados verticalmente, no âmbito interno da própria entidade. Fazemos a ressalva sobre a necessidade de os órgãos serem "escalonados verticalmente" porque o simples fato de dois ou mais órgãos integrarem a mesma pessoa jurídica não significa, obrigatoriamente, que exista relação de hierarquia entre eles.

Tome-se como exemplo a relação entre o Ministério da Saúde e o Ministério do Turismo, ou mesmo a relação entre o Ministério da Educação e a Secretaria da Receita Federal do Brasil. Simplesmente não existe nenhuma relação de hierarquia entre esses órgãos, embora todos eles integrem a pessoa jurídica União. O mesmo raciocínio vale para os órgãos existentes no âmbito interno de uma entidade da administração indireta: somente haverá hierarquia entre aqueles que se situem numa mesma linha vertical, no organograma da entidade.

Em suma, para existir hierarquia, é necessário não só que se trate de órgãos e agentes da mesma pessoa jurídica, mas, também, que, na estrutura organizacional dessa pessoa jurídica, esses órgãos e agentes estejam localizados na mesma linha hierárquica. Só nesse caso é possível falar em escalonamento vertical, em linha de comando, em relação superior-subordinado. Conforme visto antes, o controle hierárquico é pleno (irrestrito), permanente e automático (não depende de norma específica que o estabeleça ou autorize). Por meio dele, podem ser verificados todos os aspectos concernentes à legalidade e ao mérito de todos os atos praticados pelos agentes ou órgãos subordinados a determinado agente ou órgão.

De outra parte, existe controle administrativo não hierárquico:

a) entre órgãos que, embora integrem uma só pessoa jurídica, não estão na mesma linha de escalonamento vertical; e

b) entre a administração direta e a administração indireta (tutela ou controle finalístico).

Tanto o controle hierárquico quanto o não hierárquico podem ocorrer de ofício, no exercício da denominada fiscalização administrativa, ou ser provocados pelo administrado. A doutrina em geral menciona diversos meios ou instrumentos passíveis de serem utilizados pelo administrado para provocar o controle administrativo, todos eles espécie do abrangente direito fundamental previsto no art. 5., XXXIV, "a", da Constituição Federal, conhecido como "direito de petição".

As leis que tratam dessas modalidades de pleitos administrativos são esparsas e assistemáticas, e a doutrina discrepa sobremaneira acerca da definição de cada uma. Mencionaremos algumas espécies de petição, mas alertamos que o nome utilizado na prática não é importante, vale dizer, não pode a administração recusar determinada petição que o administrado tenha chamado de "recurso" sob a alegação de que deveria ter sido utilizado o nome "representação", por exemplo.

A bem da verdade, o administrado não precisa usar nome algum, basta apresentar o seu pleito à administração, que esta é obrigada a recebê-lo, encaminhá-lo conforme a via que constate ser a adequada, apreciá-lo e emitir uma resposta explícita, em um prazo razoável. Essa obrigação indeclinável da administração pública de todos os níveis decorre diretamente do art. 5., XXXIV, "a", da Constituição da República, sem que haja, absolutamente, qualquer necessidade de lei que a estabeleça.

Segundo a Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro, usa-se o vocábulo "representação" para "a denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração". De seu turno, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello considera relevante para qualificar uma petição como "representação" o fato de o peticionário não ser parte diretamente interessada, mas apenas alguém que tem interesse genérico, ou como cidadão, em impugnar a medida. A nosso ver, "representação" é designação usualmente empregada nas leis para situações em que o administrado, ou um servidor público, de algum modo tem notícia de ilegalidade, omissão, conflito entre decisões administrativas ou abuso de poder e quer levar o fato ao conhecimento da própria administração pública em que a situação ocorreu, ou a um órgão de controle, inclusive ao Ministério Público (evidentemente, se

a hipótese for de ajuizamento pelo administrado de ação perante o Poder Judiciário, teremos controle judicial, e não representação).

Para os particulares, a representação é um direito, ao passo que, para os servidores públicos, ela é um dever. No caso dos servidores federais estatutários, o dever de representação está previsto no art. 116, XII, da Lei 8. 112/1990. Na hipótese de abuso de autoridade, a representação está disciplinada na Lei 4.898/1965. O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se a "denúncia" como uma petição similar à representação "na qual, todavia, prepondera o intuito de alertar a autoridade competente para conduta administrativa apresentada como censurável".

A denominada "reclamação administrativa" é uma expressão bastante genérica, utilizada para reportar a qualquer forma de manifestação de discordância do administrado quanto a um ato (ou omissão), ou quanto a uma decisão da administração pública. A Prof. Maria Sylvia Di Pietro formula uma definição ampla de "reclamação administrativa", nestes termos: "ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão".

O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello também reconhece que a expressão "reclamação administrativa" tem caráter genérico e "designa a manifestação de inconformismo do administrado em face de decisão administrativa que lhe afeta direitos ou interesses". A Lei 9. 784/1999 utiliza o vocábulo "reclamações" em acepção genérica, a nosso ver, como sinônimo de petição, em seu art. 48, cuja redação é: "a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência".

Vale lembrar, ainda, que o Código Tributário Nacional, em seu art. 151, III, emprega o termo "reclamações" com o sentido de "impugnação administrativa", meio de instauração dos denominados processos administrativos fiscais ou tributários. Cabe registrar que o art. 6. do Decreto 20.910/1932 - ainda em vigor, com status de lei ordinária -, estabelece que "o direito a reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em um ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar".

É relevante ressaltar que essa disposição somente se aplica quando não exista lei específica que preveja prazo diferente. A expressão "pedido de reconsideração" tem significado mais preciso, tanto nas leis quanto na doutrina. Refere-se à solicitação feita à própria autoridade que emitiu o ato, ou proferiu a decisão, para que ela o aprecie novamente. Também com significado razoavelmente bem definido, as leis e a doutrina utilizam o vocábulo "revisão" para aludir à petição apresentada em face de uma decisão administrativa que tenha resultado na aplicação de sanção, visando a desfazê-la ou abrandá-la, desde que se apresentem fatos novos que demonstrem a inadequação da penalidade aplicada.

No caso específico do processo administrativo disciplinar federal, a revisão está prevista nos arts. 174 a 182 da Lei 8.112/1990. O art. 174 dessa lei estabelece que "o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada". De modo mais amplo, a Lei 9.784/1999 dispõe, em seu art. 65, que "os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".

Por fim, é empregada a expressão "recurso administrativo", em um sentido restrito, para referir à petição manejada pela parte que já obteve uma decisão em um processo administrativo, mas, não obstante, tenciona submeter a matéria à reapreciação de uma outra autoridade ou órgão administrativo, competente para emitir uma nova decisão. Quando o recurso é interposto pela própria autoridade administrativa que proferiu a decisão recorrida ele é chamado "recurso de ofício" - só cabível, em regra, nas situações expressamente previstas 'em lei.'

Alertamos que a expressão "recurso administrativo" é frequentemente usada em um sentido genérico, abrangendo - além das hipóteses descritas nos dois parágrafos precedentes - qualquer ato do administrado mediante o qual ele deflagre um processo administrativo em que figurará como parte interessada, visando a modificar um ato administrativo, ainda que esse ato tenha sido praticado de ofício, sem que houvesse processo previamente instaurado.

Finalizando este tópico, julgamos oportuno repetir que essas designações adotadas pelas leis ou pela doutrina para as diferentes petições administrativas não têm relevância prática, além de serem discrepantes em demasia. Ademais, os nomes e expressões que vimos de expor formam uma enumeração meramente exemplificativa. Com efeito, leis e atos normativos podem perfeitamente empregar outros nomes e expressões - como efetivamente ocorre -, a exemplo de "impugnação", "manifestação de inconformidade", "solicitação de revisão", entre outros.

3.2. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.

NOÇÕES GERAIS.

A doutrina diverge sobremaneira nas definições que propõe para "processo administrativo". A nosso ver, essa discussão não tem relevância prática. Por esse motivo, definimos "processo administrativo", de modo bastante singelo, como uma série de atos ordenados em uma sucessão lógica, a qual tem por finalidade possibilitar à administração pública a prática de um ato administrativo final ou a prolação de uma decisão administrativa final. Frise-se que a menção a um "ato final" ou a uma "decisão final" significa tão somente que se trata de um ato ou decisão que encerra aquele processo algumas vezes exaurindo a via administrativa, ou seja, acarretando a preclusão da matéria na esfera administrativa (impossibilitando a sua reapreciação pela própria administração pública) -, porém não um ato ou decisão imutável, porquanto o controle judicial, em nosso sistema jurídico, é inafastável (CF, art. 5.0, XXXV).

A rigor, a definição que adotamos não distingue "processo" de "procedimento", vale dizer, utilizamos a expressão "processo administrativo" em sentido amplo, abrangendo qualquer sequência preordenada de atos que tenha a finalidade de possibilitar à administração pública apreciar e decidir questões internas, ou de interesse específico dos administrados, ou de interesse geral, envolva ou não litígio, seja desencadeada de ofício, seja por alguma das diversas hipóteses de petições administrativas. Conforme exposto anteriormente, a administração pública tem a prerrogativa -e mesmo o dever - de anular os seus atos ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, no exercício do seu poder de autotutela.

Pode, ainda, desde que presentes as condições legais, convalidar atos com vícios sanáveis. Todas essas são modalidades do assim chamado controle administrativo - em contraposição aos denominados controle legislativo e controle judicial -, significa dizer,

trata-se de controle que a administração pública realiza sobre os seus próprios atos. A administração pode exercer as citadas prerrogativas a partir de provocação dos administrados. Pode, evidentemente, exercê-las de ofício, isto é, por iniciativa própria. O exercício da autotutela por iniciativa da própria administração pode, ou não, exigir a instauração de um processo administrativo formal - sucessão ordenada de atos visando a um fim único e específico -, ou pode se materializar em um simples ato.

Por exemplo, a revogação, pelo superior, de uma portaria que delegou competências a um subordinado, é um mero ato administrativo, e não um processo formal, mas configura, ainda assim, exercício de controle administrativo. Diferentemente, se a administração pretender revogar uma licitação pública, deverá instaurar um processo formal, ficando inclusive obrigada a assegurar o contraditório e a ampla defesa aos administrados que serão afetados pela revogação, consoante exige o art. 49, § 3., da Lei 8.666/1993.

Note-se que, na hipótese de controle administrativo provocado, ou seja, decorrente de iniciativa dos administrados, o instrumento utilizado obrigatoriamente será um processo administrativo formal. Com efeito, nesses casos, evidentemente, não há possibilidade de o controle administrativo se resumir a um único ato administrativo praticado de ofício pela administração pública, haja vista que o ato inicial sempre será uma petição do administrado, que deverá ser protocolada e registrada nos sistemas de acompanhamento do órgão encarregado de sua tramitação, e da qual resultará obrigatoriamente a necessidade de serem praticados diversos outros atos - no mínimo, imaginando que não seja requerido qualquer outro ato de instrução, haverá o ato de encaminhamento à autoridade competente para decidir, a prolação da decisão administrativa respondendo à petição, a ordem para intimação, a intimação da decisão ao peticionário, o registro nos autos de que a intimação foi efetuada e a ordem para arquivamento.

A instauração de processos administrativos, portanto, é o meio colocado à disposição dos administrados que pretendam provocar a administração pública a alterar, corrigir ou anular decisões ou atos administrativos que digam respeito a relações jurídicas em que eles, administrados, estejam envolvidos, ou que de algum modo sejam de seu interesse, ou mesmo de interesse coletivo ou geral. Vale repetir, entretanto, que iniciar processos administrativos não é uma faculdade exclusiva dos administrados. De forma alguma. O direito de iniciativa dos administrados não exclui a prerrogativa que a

própria administração detém para, de ofício, iniciar processos administrativos de um modo geral, quando tal medida for necessária ao exercício do poder de autotutela.

É oportuno observar que os processos administrativos iniciados pelos administrados desempenham uma dupla função em nosso ordenamento jurídico:

(a) atendem a interesses do próprio administrado, representando um meio célere e gratuito posto a sua disposição para a prevenção ou a correção de lesões a seus direitos; e

(b) atendem ao interesse público, impelindo a administração a reavaliar a legalidade e a conveniência dos atos que ela mesma praticou, para, se for o caso, anulá-los, modificá-los ou revogá-los.

Embora a instauração de processos administrativos seja uma faculdade do administrado, a opção deste pela utilização da via judicial implica renúncia à esfera administrativa, ou desistência do processo administrativo acaso em tramitação, no qual esteja sendo discutida a mesma matéria que o administrado resolveu submeter à apreciação do Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar válida norma legal que estabelece que a utilização de ação judicial pelo sujeito passivo acarreta a impossibilidade de discussão da mesma matéria na via administrativa.

Tratava-se, especificamente, de questionamento acerca da constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei 6.830/1980 - "A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto." Decidiu a Corte Suprema que essa regra legal é legítima, e não fere a garantia de livre acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5., XXXV), nem o direito de petição (CF, art. 5., XXXIV, "a").¹ A nosso ver, essa orientação pode ser generalizada, isto é, podemos afirmar que é constitucional regra legal que impeça o sujeito passivo de litigar, simultaneamente, discutindo a mesma matéria, nas esferas administrativa e judicial, prevalecendo esta sobre aquela, vale dizer, a opção pela via judicial implica renúncia à esfera administrativa e, se o processo administrativo já tiver sido instaurado e estiver tramitando, acarreta sua extinção imediata, sem apreciação do mérito.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

A expressão “recurso administrativo”, em um sentido restrito, é usualmente empregada para designar a petição apresentada pelo administrado que já obteve uma decisão em um processo administrativo em que figura como parte, mas não concorda com ela e deseja submeter a matéria à reapreciação de uma outra autoridade ou órgão, competente para emitir uma nova decisão. Quando não há um rito processual específico, essa autoridade que analisará o recurso é a primeira hierarquicamente superior à que proferiu a decisão recorrida (recurso hierárquico).

Em processos com rito específico, pode ocorrer de o recurso previsto ser endereçado a um órgão especializado, fora da linha hierárquica da autoridade ou órgão recorrido, ou mesmo a um órgão integrante de entidade diversa da que proferiu a decisão. Nesses casos, temos os denominados recursos hierárquicos impróprios, que serão vistos com mais detalhe, adiante.

Ao lado dos recursos interpostos pelos administrados, existem, ainda, recursos administrativos que são apresentados pela própria administração pública que editou a decisão recorrida. Esses recursos interpostos pela própria administração, da decisão dela mesma, são denominados especificamente “recursos de ofício”, expressão bastante consagrada, e são cabíveis, em regra, somente nos casos em que haja expressa previsão legal. Dependendo da previsão legal, os recursos de ofício podem ocorrer na linha hierárquica ou fora dela (recursos hierárquicos impróprios).

Abrimos um parêntese para alertar que a expressão “recurso administrativo” é frequentemente usada em um sentido genérico, como sinônimo de qualquer ato do administrado mediante o qual ele deflagre um processo administrativo em que figurará como parte interessada, visando a modificar um ato administrativo, ainda que esse ato tenha sido praticado de ofício, sem que houvesse processo previamente instaurado. Ainda a título de observação, é conveniente registrar que os textos doutrinários e mesmo as leis, de um modo geral, quando empregam a expressão “recurso administrativo” estão se reportando ao recurso apresentado pelo administrado; o recurso que a própria administração interpõe da decisão dela mesma quase sempre é designado pelo termo específico “recurso de ofício”, e não genericamente como “recurso administrativo”.

Durante muito tempo, houve grande controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade de exigência de garantia (caução) pela administração pública como

condição de admissibilidade de recursos administrativos interpostos pelos administrados. Algumas leis previam a obrigatoriedade de o administrado recorrente oferecer garantia, normalmente depósito prévio, para que seu recurso fosse admitido e apreciado. Em 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é inconstitucional a exigência, mesmo quando estabelecida em lei, de depósito prévio, arrolamento de bens e qualquer outra imposição onerosa, ou que implique constrição patrimonial, como condição de admissibilidade de recursos em processos administrativos concernentes a tributos.

Embora seja certo que a referida orientação foi inicialmente firmada pela nossa Corte Suprema em julgados que diziam respeito especificamente a processos administrativos tributários, é importante frisar que, nos fundamentos das respectivas decisões, sempre foi explicitado que leis administrativas que contenham exigências dessa natureza - cauções, arrolamentos, depósitos, enfim, garantias de instância de um modo geral - ferem o art. 5.º, LV, da Constituição (princípios do contraditório e da ampla defesa), bem como o seu art. 5., XXXIV, "a", em que é assegurado o direito de petição (direito fundamental amplo, que abrange as reclamações, impugnações, representações e recursos administrativos genericamente considerados).

Tendo em conta o fato de que os princípios constitucionais invocados nos fundamentos das aludidas decisões do Tribunal Excelso têm aplicação abrangente - não limitada, de forma alguma, a processos administrativos tributários -, a própria Corte, mais tarde, no julgamento do AI 698.626/SP, rel. Min. Ellen Gracie (02. 10.2008), reconheceu a existência de repercussão geral da matéria em questão - exigência de garantia de instância como requisito de admissibilidade de recursos administrativos - e consignou, de forma ampla, que a orientação do Pretório Excelso é de que "a garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo", seja qual for a matéria em exame.

Finalmente, em 2009, esse entendimento foi cristalizado na Súmula Vinculante 21, cujo enunciado reproduzimos abaixo:

21 - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Em síntese, a Súmula Vinculante 21 veio explicitar que, segundo o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, são inconstitucionais preceitos legais que

exijam garantias de instância - tais quais depósitos ou arrolamentos de bens - como condição para a interposição de recursos em processos administrativos de qualquer espécie. Os recursos administrativos, regra geral, possuem tão somente efeito devolutivo, que é um efeito inerente a qualquer recurso, e significa simplesmente que a matéria recorrida é submetida a nova apreciação e decisão pelo órgão com competência recursal.

Como decorrência do princípio da verdade material, que será analisado à frente, o efeito devolutivo nos recursos administrativos é amplo: em regra, toda a matéria tratada no processo em que foi prolatada a decisão recorrida é submetida a nova apreciação pela instância competente para decidir o recurso. Vale repetir, a regra geral é os recursos administrativos somente revestirem efeito devolutivo. Para que um recurso administrativo tenha efeito suspensivo - isto é, suste a eficácia do ato que esteja sendo questionado no processo, ou, conforme o caso, impeça a produção de efeitos da decisão recorrida -, é necessária expressa previsão legal. Trata-se de corolário da presunção de legitimidade, atributo de todo e qualquer ato administrativo (incluídas as decisões proferidas no processo administrativo): no silêncio da lei, o efeito do recurso administrativo é apenas devolutivo, ou seja, o recurso interposto não afeta a eficácia, seja do ato cuja impugnação originou o processo, seja da decisão já prolatada no processo por determinada instância e questionada no recurso.

RECURSO HIERÁRQUICO E RECURSO IMPRÓPRIO. Consoante aludido anteriormente, os recursos administrativos costumam ser classificados como recursos hierárquicos (próprios) e recursos hierárquicos impróprios. Sempre que for utilizada, simplesmente, a expressão "recurso hierárquico", ela se refere aos recursos hierárquicos próprios, em que efetivamente existe hierarquia entre o órgão recorrido e o órgão competente para decidir o recurso.

A expressão "recurso hierárquico", empregada sem outro qualificativo, jamais se refere aos recursos hierárquicos impróprios pelo singelo motivo de que, apesar do nome, estes são recursos não hierárquicos. Recurso hierárquico (próprio) é aquele dirigido à autoridade ou ao órgão imediatamente superior, dentro da mesma pessoa jurídica em que o ato foi praticado. Para que o recurso seja hierárquico (próprio), é necessário que o ato controlado provenha de agente ou de órgão subordinado ao agente ou ao órgão controlador. Assim, um recurso dirigido ao superintendente da Receita

Federal do Brasil contra ato praticado por um delegado da Receita Federal do Brasil a ele subordinado é recurso hierárquico próprio.

Diferentemente, um recurso contra decisão das delegacias de julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil, cuja apreciação incumbe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (órgão integrante do Ministério da Fazenda, mas sem relação hierárquica com a Secretaria da Receita Federal do Brasil), é um recurso hierárquico impróprio, apesar de ambos os órgãos (Secretaria da Receita Federal do Brasil e CARF) integrarem a mesma pessoa jurídica (União). Os recursos hierárquicos impróprios são recursos dirigidos, ou a um órgão especializado na apreciação de recursos específicos, sem relação hierárquica com o órgão controlado, ou a um órgão integrante de uma pessoa jurídica diferente daquela da qual emanou o ato controlado. O termo "impróprio" traduz a noção de que entre o órgão ou a autoridade que proferiu o ato recorrido e o órgão a que se endereça o recurso não há relação hierárquica, embora eles possam estar localizados na mesma pessoa jurídica.

Abrimos um parêntese para registrar que consideramos esdrúxula essa expressão "recursos hierárquicos impróprios"; só a usamos porque é realmente consagrada. A nosso ver, esses recursos deveriam ser denominados, simplesmente, "recursos não hierárquicos". São recursos hierárquicos impróprios tanto um recurso ao CARF contra uma decisão de uma delegacia de julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil quanto um recurso endereçado ao ministério a que esteja vinculada uma entidade da administração indireta, interposto contra um ato dessa entidade.

É uniforme na doutrina o entendimento de que os recursos hierárquicos impróprios somente são cabíveis quando exista lei que expressamente os preveja, designando a autoridade ou o órgão com competência para apreciar e decidir o recurso e as hipóteses em que ele pode ser interposto. Pode ocorrer uma exceção a essa exigência de expressa previsão legal no exercício da assim chamada tutela extraordinária - para os administrativistas que a admitem. Com efeito, em uma situação de tutela extraordinária, seria possível, em tese, a interposição de ofício de recurso hierárquico impróprio sem expressa previsão legal.

Imagine-se, por exemplo, um caso em que o órgão competente para decidir recursos em processos administrativos no âmbito de uma autarquia profira uma decisão flagrantemente contrária à lei, um verdadeiro descabro administrativo,

escandalosamente prejudicial aos interesses da autarquia (portanto, também lesiva ao interesse público). Suponha-se, ainda, que, no âmbito dessa autarquia, a decisão desse órgão seja definitiva. Em um caso assim, seria possível o órgão jurídico da autarquia, que tivesse atuado no processo em defesa dos interesses desta interpor de ofício recurso ao ministério supervisor, pedindo a reforma da decisão.

Observe-se que a própria autarquia estaria pedindo reforma da decisão dela mesma - uma vez que o recurso foi apresentado por um órgão dela contra uma decisão de um órgão também integrante de sua estrutura. Estaria, ademais, recorrendo a um órgão (o ministério) com o qual não mantém relação de hierarquia. Logo, seria um recurso de ofício e um recurso hierárquico impróprio, interposto, ademais, sem lei expressa que o previsse, no exercício da tutela administrativa, denominada, nesse caso, tutela extraordinária, cuja característica é exatamente ser exercida em casos extremos, que justifiquem o seu exercício mesmo na ausência de previsão legal específica.

PRINCÍPIOS.

A Constituição de 1988 reconheceu, de modo incontroverso, a importância dos processos administrativos em nosso ordenamento jurídico ao estender a eles, expressa ou implicitamente, diversos dos postulados norteadores dos processos judiciais, sobretudo quando tais postulados traduzem direitos fundamentais dos indivíduos. Ilustra enfaticamente o afirmado a previsão literal, no texto constitucional, de sujeição dos processos administrativos às garantias do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5., LV), bem como ao princípio da celeridade processual, trazido a lume com a EC 45/2004 (CF, art. 5., LXXVIII). Muitos dos princípios que regem os processos judiciais, portanto, são comuns aos processos administrativos, por vezes apresentando alguma peculiaridade na aplicação a estes. Há uns poucos princípios que são próprios dos processos administrativos, ou que diferem bastante quanto a sua aplicação a estes ou àqueles. Sem qualquer intenção de esgotar a matéria, veremos, a seguir, alguns dos princípios que têm aplicação aos processos e recursos administrativos de um modo geral, e que a nosso ver demandam uma breve análise.

OFICIALIDADE. Por força do "princípio da oficialidade", ou do "impulso oficial do processo", incumbe à administração a movimentação do processo administrativo, ainda que inicialmente provocado pelo particular. Uma vez iniciado, o processo passa a pertencer ao Poder Público, que deve providenciar o seu

prosseguimento, até a decisão final. O fundamento desse princípio reside no fato de que o processo administrativo, mesmo quando instaurado mediante iniciativa do administrado, não tem a finalidade de atender tão somente a um interesse deste, mas também de satisfazer o interesse público, uma vez que possibilita o controle, pela administração, de seus próprios atos, colaborando para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

O princípio da oficialidade permite que os agentes administrativos encarregados do processo atuem, de ofício, na tomada de depoimentos, na inspeção de lugares e bens, na solicitação de pareceres, perícias e laudos, na realização de diligências, na produção de provas em geral etc. É claro que pode ocorrer de ser necessária a prestação de informações ou a apresentação de documentos ou provas pelo administrado interessado, para que o processo tenha condições de obter uma decisão de mérito. Quando isso ocorre, a administração intima o interessado para que o faça.

Entretanto, mesmo se for desatendida a intimação, a administração pode, em regra, suprir a falta, desde que considere tal medida adequada à satisfação do interesse público. Evidentemente, se não for materialmente possível suprir a omissão do administrado, ou se o interesse público não o justificar, o processo será extinto ou arquivado, sem apreciação do mérito. Note-se que, mesmo nessa hipótese, não terá havido exceção ao princípio do impulso oficial.

Com efeito, o processo foi impulsionado de ofício pela administração, uma vez que ela efetuou a intimação para a adoção, pelo interessado, das providências necessárias à obtenção de uma decisão administrativa de mérito e, mesmo tendo o administrado desatendido à intimação, a administração não deixou de decidir: proferiu, sim, uma decisão final (ou seja, uma decisão que põe fim ao processo ou à sua tramitação), embora o conteúdo da decisão não tenha sido a apreciação do mérito da questão suscitada no processo, e sim a determinação da extinção deste, ou de seu arquivamento.

A Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro resume as mais relevantes decorrências do princípio da oficialidade dos processos administrativos nestes termos:

1. no poder de iniciativa para instaurar o processo;
2. na instrução do processo;

3. na revisão de suas decisões.

Em todas essas fases, a Administração pode agir ex officio.

Registre-se que a doutrina, de um modo geral, afirma que nos processos judiciais não vigora o princípio da oficialidade, ou que a aplicação desse princípio aos processos judiciais é bastante restrita. Deveras, não cabe ao juiz iniciar, de ofício, processos judiciais, tampouco providenciar, de ofício, a sua instrução. Vale conferir, a respeito, a lição da Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro, com a qual encerramos o presente tópico:

“Esse princípio também é mais amplo no processo administrativo. No processo judicial, ele só existe depois de instaurada a relação processual, cabendo ao juiz movimentar o procedimento nas suas várias fases até a decisão final. No âmbito administrativo, esse princípio assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração, independentemente de provocação do administrado e ainda a possibilidade de impulsionar o processo, adotando todas as medidas necessárias a sua adequada instrução”.

INFORMALISMO. Em regra, não são exigidas formas ou formalidades especiais para os atos a serem praticados no processo administrativo, sobretudo para os atos a cargo do particular. Note-se que dizer que o processo administrativo é orientado pelo "princípio do informalismo" não significa dizer que o processo não tenha uma forma. Pelo contrário, os processos administrativos são processos formais, isto é, são processos escritos, todos os acontecimentos pertinentes ao processo ocorridos durante a sua tramitação devem estar registrados por escrito em suas folhas, as folhas devem ser numeradas sequencialmente e rubricadas, enfim, o processo é formal - com o significado de escrito, documentado, registrado.

A doutrina menciona o informalismo como um princípio norteador dos processos administrativos tão somente a fim de explicitar que, em regra, os atos processuais devem adotar formas simples, apenas suficientes para proporcionar segurança jurídica e, no caso de atos que possam implicar restrições ao administrado, garantir plenamente o exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, os atos processuais devem ser escritos ou, se admitidos atos produzidos verbalmente, seu conteúdo deve ser reduzido a termo, isto é, passado a escrito, mas não são exigidas formas rígidas ou formalidades específicas para que o ato seja válido, a menos que a lei expressamente o faça.

É importante frisar o último ponto mencionado: o informalismo dos atos processuais no processo administrativo é mera regra geral, porque, na hipótese de existir norma legal estabelecendo expressamente, como condição essencial à validade de determinado ato processual, forma determinada ou formalidade específica, deverá ela ser observada, sob pena de nulidade do ato.

Sempre que possível, deve-se interpretar o princípio do informalismo em favor do particular, inclusive porque ele pode atuar no processo pessoalmente, sem acompanhamento por advogados. Por último, registramos que o princípio do informalismo é um importante ponto de distinção entre os processos judiciais e os administrativos; nos processos judiciais, como regra, vigora o princípio da formalidade dos atos processuais.

INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. Segundo o denominado "princípio da instrumentalidade das formas", quando a lei estabelece uma determinada forma ou formalidade a ser observada na prática de um ato processual, a forma ou formalidade estipulada tem como objetivo, essencialmente, assegurar que o ato cumprirá a finalidade que lhe cabe no processo. A ideia por trás desse princípio é que o legislador só impõe a exigência de forma ou formalidades específicas para determinado ato processual quando considera que, sem a observância dessa forma ou dessas formalidades, o ato terá grandes possibilidades de não cumprir satisfatoriamente o papel que deve desempenhar no processo.

Em suma, no processo, a forma é mero instrumento, cujo escopo é possibilitar que o ato atinja a sua finalidade. Assim, por esse princípio, se a finalidade do ato foi alcançada, mesmo que não tenha sido observada a forma prescrita, considera-se suprida a falta, sanada a irregularidade. Exemplo nítido de aplicação desse princípio temos no § 5. do art. 26 da Lei 9.784/1999, nos termos do qual "as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade".

O princípio da instrumentalidade das formas por vezes é mencionado como matriz de um outro, especificamente aplicável às nulidades processuais, segundo o qual a nulidade de um ato processual não deve ser declarada quando ela não causar prejuízo às partes, ou quando se constate que a lide, a despeito do ato viciado, será decidida em favor da parte à qual a declaração da nulidade aproveitaria. É frequente o uso da

expressão francesa para designar esse princípio processual: *pas de nullité sans grief* (literalmente, "não há nulidade sem prejuízo").

Exemplo enfático de aplicação desse princípio temos no § 3.º do art. 59 do Decreto 70.235/1972 - ato normativo que, recepcionado pela Constituição de 1988 com status de lei ordinária, regula o processo administrativo tributário federal -, cuja redação é a seguinte: "Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta."

O princípio da instrumentalidade das formas não é exclusivo do processo administrativo, assim como não o é o postulado *pas de nullité sans grief*. Entretanto, embora as diretrizes deles decorrentes norteiem também os processos judiciais, seu campo de aplicação aos processos administrativos é mais abrangente, porque estes são regidos pelo princípio do informalismo, diferentemente do que ocorre, em regra, com os processos judiciais. Cabe observar que tanto a instrumentalidade das formas quanto o *pas de nullité sans grief* relacionam-se a um postulado mais amplo, mais genérico, usualmente referido como "princípio da economia processual".

Simplificadamente, pode-se dizer que da noção de "economia processual" resulta que um ato processual praticado com alguma irregularidade só deve ser desconstituído e repetido se esse defeito efetivamente puder influenciar o resultado a que o processo chegaria se o vício não tivesse ocorrido. Novamente, embora o postulado da economia processual seja aplicável a todos os processos, sua potencial efetividade no âmbito dos processos administrativos é mais acentuada, por conta do princípio do informalismo, que os rege. Note-se que a importância do princípio da economia processual redobrou a partir da EC 45/2004, uma vez que esta tomou expresso no inciso LXXVIII do art. 5.º da Carta da República o assim chamado "princípio da celeridade processual".

VERDADE MATERIAL. O denominado "princípio da verdade material", ou da "verdade real", ou, ainda, da "liberdade na prova" é, talvez, o mais característico dos processos administrativos e representa uma de suas principais diferenças em relação aos processos judiciais. No processo administrativo deve a administração procurar conhecer o fato efetivamente ocorrido. Importa saber como se deu o fato no mundo real. No processo judicial, sobretudo na esfera cível, interessa apenas a chamada verdade formal ou verdade dos autos.

Significa dizer que, em regra, o juiz somente aprecia os fatos e as provas trazidos aos autos pelas partes e, mesmo assim, somente se forem apresentados na fase específica designada para tanto. Aplica-se aos processos judiciais, em regra, o brocardo latino *quod non est in acti non est in mondo* ("o que não está nos autos não está no mundo" - entenda-se, mundo jurídico). Nos processos administrativos, diferentemente, a administração pode se valer de qualquer prova (lícita, evidentemente) de que venha a ter conhecimento, em qualquer fase do processo (regra geral), visando a descobrir os fatos que realmente ocorreram.

A autoridade processante ou julgadora administrativa, no mais das vezes, até o julgamento final pode conhecer de provas apresentadas pelo particular ou por terceiros, determinar de ofício a produção de provas pela própria administração, ou, ainda, utilizar provas constantes de outro processo administrativo ou judicial.

Em suma, por força do princípio da verdade material a administração, em regra, pode tomar conhecimento de qualquer elemento que lhe seja trazido aos autos, em qualquer fase, pode produzir provas de ofício, ou determinar de ofício a sua produção, enfim, admitir ou adotar quaisquer providências lícitas que possam auxiliar na apuração dos fatos efetivamente ocorridos. Decorre, também, do princípio da verdade material, a possibilidade de, nos processos administrativos, ser decidido um recurso provocado pelo particular reformando a decisão inicial desfavoravelmente a ele. A essa possibilidade dá-se o nome de *reformatio in pejus* ("reforma em prejuízo"), a qual, em regra, é inadmissível nos processos judiciais. Exemplificando, é possível que, em um processo administrativo fiscal, um contribuinte tenha obtido decisão de primeira instância parcialmente favorável.

Digamos, manteve-se a cobrança de um imposto, mas se entendeu indevida a multa aplicada no auto de infração. Se esse contribuinte, considerando indevida também a cobrança do imposto, ingressar com recurso administrativo contra tal cobrança, a segunda instância pode proferir decisão considerando devido o imposto e também a multa que houvera sido julgada improcedente na primeira instância. Cabe ressaltar que, não obstante o princípio da verdade material, é perfeitamente possível que a lei proíba a *reformatio in pejus* em determinadas situações nos processos administrativos. Isso costuma ocorrer nos casos da denominada revisão de processos de que resulte aplicação de sanções administrativas. Exemplos de vedações à *reformatio in pejus* na esfera federal temos no art. 65, parágrafo único, da Lei 9.784/1999 e no art. 182, parágrafo

único, da Lei 8.112/1990, ambos relativos a revisão de processos de caráter sancionatório.

GRATUIDADE. A gratuidade é uma característica própria dos processos administrativos, que os diferencia da maior parte dos processos judiciais. Com efeito, nos processos administrativos não são cobrados valores ordinariamente exigidos das partes nos processos judiciais, tais como custas judiciais, ônus de sucumbência, honorários de advogados ou de peritos, dentre outros. É evidente que, se o administrado desejar contratar os serviços de peritos, contadores, advogados, ou de quaisquer profissionais privados, para auxiliar em sua atuação no processo, pagará por esses serviços, mas, em regra, contratações assim são mera faculdade do administrado.

Também deve ficar claro que, se em alguns processos administrativos houver expressa previsão legal de cobrança de determinadas despesas processuais, estas serão devidas. Atente-se, entretanto, que nem mesmo a lei é livre para criar encargos pecuniários para o administrado no âmbito do processo administrativo, porquanto existem óbices no próprio texto constitucional, como é o caso da imunidade tributária à cobrança de taxas para o exercício do direito de petição (CF, art. 5.º, XXXIV, "a").

Cabe, por fim, lembrar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que são inadmissíveis imposições onerosas (garantias de instância), mesmo que previstas em lei, como condição de admissibilidade de recursos administrativos interpostos contra decisões proferidas em processos administrativos tributários, entendimento que, segundo pensamos, pode ser estendido para abranger os demais processos administrativos, seja qual for a matéria discutida.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. Os princípios do contraditório e da ampla defesa são comuns a todos os processos, judiciais e administrativos, nos quais possa existir alguma espécie de litígio ou controvérsia, ou alguma acusação seja imputada a alguém, conforme expressamente assegura a Constituição da República (art. 5., LV). Decorrem eles de outro princípio processual mais amplo, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), também expresso na Carta Política, no inciso LIV do seu art. 5.

É usual falar, conjuntamente, em contraditório e ampla defesa, como se fossem um só princípio, porque eles realmente se aplicam a situações iguais - quando há acusados em geral, quando há litígio ou controvérsia, quando se pretenda praticar algum

ato contrário a determinado interesse, ou que resultará em restrição a direito, e outras situações análogas a essas -e se traduzem em direitos muito semelhantes.

Pode-se afirmar que "ampla defesa" se refere à possibilidade de utilização de todos os meios lícitos para o acusado ou litigante provar os fatos de seu interesse e à exigência de que ao acusado ou litigante sejam apresentados todos os fatos e provas contrários a seu interesse que serão utilizados no processo. Também resultam da garantia de ampla defesa o direito de acompanhar a instrução do processo, o direito a fazer-se representar por advogado, o direito a apresentar alegações e defesa escrita e outros direitos dessa natureza. A garantia do "contraditório" se refere mais especificamente à exigência de que seja dada ao interessado a oportunidade de se manifestar a respeito de todos os elementos trazidos ao processo que possam influenciar na decisão, contestando-os, se desejar, inclusive mediante a apresentação e juntada ao processo de outros elementos contrários àqueles.

São corolários do contraditório a contestação, a redarguição de testemunhas, a impugnação de atos etc. Não obstante essa tentativa de estremar um princípio do outro, a verdade é que não há, segundo pensamos, uma fronteira nítida entre eles. A nosso ver, "ampla defesa" é gênero que abrange o contraditório, vale dizer, sempre que se fala, genericamente, em "garantia de ampla defesa", ou simplesmente em "direito de defesa", está incluída na expressão a garantia do contraditório. O cerceamento do direito de defesa, em qualquer fase do processo, acarreta sua nulidade relativamente a todos os atos subsequentes (quando isso for possível; caso contrário, acarreta a nulidade de todo o processo).

PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA.

A expressão "prescrição administrativa" costuma ser empregada de forma ampla para designar diferentes situações em que o ordenamento jurídico impõe prazos para que o administrado ou a administração pública instaurem ou provoquem a instauração de processos ou procedimentos na esfera administrativa. A fixação desses prazos extintivos visa a assegurar a estabilidade das relações jurídicas entre a administração pública e os administrados, ou entre ela e os seus agentes, depois de transcorrido determinado lapso temporal, em atenção ao princípio da segurança jurídica. A rigor, sob essa rubrica genérica - "prescrição administrativa" - são estudadas hipóteses que

costumam ser tecnicamente enquadradas como preclusão administrativa, prescrição propriamente dita e decadência.

Nem sempre há consenso quanto à identificação de determinado prazo legal como um ou outro desses institutos -e nem sempre têm relevância prática as eventuais celeumas doutrinárias. A partir das definições apresentadas pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello podemos, resumidamente, sistematizar o assunto destarte: preclusão significa a perda do prazo estipulado para que ocorresse determinada manifestação no âmbito de um processo ou procedimento já instaurado; prescrição traduz a perda do prazo para ajuizamento de uma ação (ou apresentação de uma petição administrativa) mediante a qual se pretendesse defender um direito contra uma lesão ou ameaça de lesão (o prazo de prescrição tem curso antes de ser iniciado o processo judicial ou administrativo); decadência é a perda do prazo para o exercício de um direito substantivo (a decadência não pressupõe uma lesão anterior a um direito, não é um prazo para pleitear a defesa de um direito substantivo lesado, e sim para o exercício do próprio direito substantivo - mesmo quando esse exercício exija a instauração de um processo ou procedimento).

No presente tópico, enumeraremos, sem pretensão de esgotar o assunto, alguns desses prazos, envolvendo, essencialmente, três grupos de situações, a saber:

- a) prazos para o administrado instaurar processos administrativos, ou interpor recursos no âmbito desses processos;
- b) prazos para a administração pública rever os seus próprios atos;
- c) prazos para a administração pública aplicar sanções administrativas.

O primeiro dos grupos de prazos, acima listado, é bastante heterogêneo. No âmbito de cada um dos entes federados costumam existir leis específicas estabelecendo prazos para a apresentação de petições e recursos administrativos relacionados a processos determinados. Por exemplo, na esfera federal, é de trinta dias, contados da data em que se considera intimado o sujeito passivo, o prazo para impugnação de um lançamento tributário, com a consequente instauração do processo administrativo em que a legalidade da exigência do tributo será discutida (art. 15 do Decreto 70.235/1972, recepcionado pela Constituição de 1988 com o status de lei ordinária).

Ainda exemplificando, a Lei 8.666/1993 estabelece em cinco dias úteis o prazo para recurso contra o ato de julgamento das propostas nos procedimentos licitatórios (art. 109, I, "b"), salvo na modalidade convite, na qual esse prazo é de dois dias úteis (art. 109, § 6.0). Na hipótese de inexistir uma lei que especificamente estabeleça prazo para a apresentação de petições e recursos no âmbito de determinado processo administrativo, é frequente haver uma lei de aplicação subsidiária, editada pelo respectivo ente federado, prevendo um prazo genérico.

É o que decorre, por exemplo, na esfera federal, do disposto no art. 59 da Lei 9.784/1999, nos termos do qual, "salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida". A doutrina majoritariamente defende a possibilidade de a administração pública apreciar os recursos administrativos mesmo quando apresentados fora do prazo legal. Nessa hipótese, deverá receber o recurso como simples petição inominada e promover a anulação, de ofício, do ato indicado pelo administrado, cuja ilegalidade ela constate efetivamente existir. Invocam os autores como fundamento dessa orientação a exigência de estrita observância do princípio da legalidade por parte da administração pública e o poder-dever de autotutela que o ordenamento jurídico lhe confere.

A Lei 9.784/1999, aplicável à esfera federal, perfilhou essa lição da doutrina. Com efeito, estatui a referida lei que o recurso interposto fora do prazo não será conhecido (art. 63, 1), porém, logo em seguida, afirma que "o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa" (art. 63, § 2.º). Os administrativistas, entretanto, costumam afirmar que essa possibilidade de rever de ofício o ato impugnado fora do prazo não existe se, na data de apresentação do recurso administrativo extemporâneo, já tiver ocorrido a prescrição judicial (ou seja, além de o administrado ter perdido o prazo para recorrer na via administrativa, o seu direito de questionar judicialmente o ato que pretendia atacar já foi extinto pela prescrição da ação). A prescrição judicial a que se referem tais autores é a estabelecida no art. 1.º do Decreto 20.910/1932 (prescrição quinquenal das ações judiciais contra a fazenda pública), abaixo transcrito:

Art. 1. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal,

seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Cabe anotar que, não obstante o art. 1.º do Decreto 20.910/1932 (recepcionado pela CF/1988 com força de lei ordinária) tenha a redação abrangente que se vê na transcrição acima, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que a prescrição quinquenal nele estabelecida somente se aplica às ações contra a administração pública que se refiram a direitos de natureza pessoal, mas não às concernentes a direitos de natureza real.

Segundo tal orientação, as ações relativas a direitos reais, sejam quais forem as partes envolvidas, estão sujeitas aos prazos de prescrição fixados no Código Civil. Quanto ao prazo para a administração pública rever os seus próprios atos, independentemente de provocação do administrado, filiamo-nos à corrente que defende que, na ausência de previsão legal expressa, e desde que não haja incompatibilidade com alguma norma legal específica, seja aplicada a regra de prescrição quinquenal das ações judiciais contra a administração pública estabelecida no art. 1.º do Decreto 20.910/1932.

Na esfera federal, o art. 54 da Lei 9.784/1999 estatui que é de cinco anos o prazo de decadência para a administração pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. Percebe-se que a lei federal não esclareceu qual seria o prazo extintivo do direito de anular os atos ilegais no caso de serem eles desfavoráveis ao administrado, ou na hipótese de ser comprovada a ocorrência de má-fé.

Registramos duas orientações usualmente propostas pela doutrina para solucionar essa lacuna. Uma delas, que nos parece mais tradicional, entende que, nesses casos, não se aplica nenhum prazo extintivo, ou seja, quando o ato for desfavorável ao administrado, ou quando se comprove má-fé, a administração pode anulá-lo a qualquer tempo. A outra corrente propugna a adoção, em tais hipóteses, do prazo genérico de prescrição das ações judiciais constante do Código Civil, que é de dez anos (art. 205). Essa construção conta com o aval de autores do quilate do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, e tem o mérito de evitar situações de "imprescritibilidade" (que são contrárias à noção mais elementar de segurança jurídica).

Entretanto, embora não exista uma posição do Supremo Tribunal Federal especificamente acerca desse ponto, temos a impressão de que a tendência, no âmbito da Corte Maior, é seguir o entendimento segundo o qual, nos casos de má-fé e de ato desfavorável ao administrado, a anulação pode se dar a qualquer tempo. Aliás, vale lembrar que o STF firmou em sua jurisprudência a orientação de que, diante de situações de flagrante desrespeito à Constituição Federal, a decadência do direito de a administração anular os seus próprios atos não ocorre nunca. Nessas hipóteses, o art. 54 da Lei 9.784/1999 é absolutamente inaplicável porque o ato que viole frontalmente a Constituição da República não pode se estabilizar jamais, sob pena de completa subversão da ordem jurídica.

Faz-se oportuno anotar, ainda, que existem normas legais que expressamente excluem a ocorrência da prescrição administrativa. Particularmente, no caso de atos desfavoráveis ao destinatário, não é raro haver normas legais que autorizem a revisão a qualquer tempo, isto é, disposições específicas que afastem a ocorrência de prescrição administrativa para beneficiar o administrado. Citamos como exemplos o art. 65 da Lei 9.784/1999 e o art. 174 da Lei 8.112/1990, os quais preveem a possibilidade de ser efetuada a qualquer tempo a revisão de processos administrativos que tenham acarretado a aplicação de sanções, para o fim de reduzir ou afastar a penalidade infligida.

Também, na mesma Lei 8.112/1990, inserido no capítulo que regula o exercício, pelos servidores públicos, do direito de petição, encontramos o art. 114, em cujo texto se lê que "a administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade".⁸ Por fim, pensamos que não há prazo para a administração proceder à revogação de seus atos administrativos que se tornem inoportunos ou inconvenientes ao interesse público. É claro que, para isso ser possível, não deve estar presente qualquer das situações que acarretam a impossibilidade de revogação do ato, estudadas em capítulo anterior desta obra.

Em termos singelos, julgamos acertado afirmar que os atos administrativos que se tornem inoportunos ou inconvenientes podem ser revogados a qualquer tempo, desde que se trate de um discricionário e não esteja presente alguma causa impeditiva da revogação - por exemplo, o ato não pode haver gerado direito adquirido para o seu destinatário, não pode ser um ato exaurido, não pode ser um ato integrante de um procedimento administrativo.

As últimas hipóteses de prescrição administrativa que analisaremos são as concernentes aos prazos para a administração pública aplicar sanções administrativas aos seus próprios agentes ou aos administrados em geral. A regra básica é similar à exposta para os casos até aqui estudados: se houver lei específica estabelecendo prazo para a imposição de determinada sanção, esse deverá ser o prazo observado pela administração pública. Nas situações em que não exista lei específica estabelecendo um prazo para a aplicação de determinada penalidade administrativa, em qualquer dos entes federados, utiliza-se o prazo de cinco anos previsto no art. 1.º do Decreto 20.910/1932, seja qual for a infração praticada, a menos que o fato esteja tipificado, também, como crime, caso em que se aplicam os prazos de prescrição estabelecidos na lei penal. É importante frisar que, quando se trata de aplicação de penalidades, os prazos de prescrição administrativa são sempre fatais e intransponíveis, porque operam como garantia do agente público, ou do particular administrado, conforme o caso.

Dos prazos legais específicos, merecem referência, a título de ilustração, os estabelecidos no art. 142 da Lei 8.112/1990 para a prescrição da aplicação de sanções disciplinares aos servidores públicos federais. Nos termos desse dispositivo, prescreve em cinco anos a ação disciplinar, quanto às infrações puníveis com demissão, em dois anos, quanto à suspensão, e em cento e oitenta dias, quanto à advertência, sempre contados esses prazos a partir da data em que o fato se tomou conhecido.

Se a infração disciplinar, entretanto, estiver tipificada também como crime, os prazos de prescrição aplicáveis serão os estipulados na respectiva lei penal (art. 142, § 2.0). Ainda é oportuna a menção à Lei 9.873/1999, que fixa em cinco anos, na esfera federal, o prazo prescricional das ações punitivas decorrentes do exercício do poder de polícia (art. 1.º), exceto se ocorrer de o fato também configurar crime, caso em que serão aplicáveis à ação punitiva da administração pública os prazos de prescrição previstos na lei penal (art. 1.º, § 2.0).

Finalizando este tópico, mister é lembrar que, conforme deflui do § 5. do art. 37 da Constituição da República, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário. Significa dizer que, mesmo na hipótese de haver sido extinta pela prescrição (administrativa ou judicial) a possibilidade de punir uma infração praticada por um agente público ou por um particular, da qual tenha decorrido prejuízo ao patrimônio público, a ação civil de ressarcimento desse prejuízo sempre poderá (e deverá) ser proposta perante o Poder Judiciário.

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal já deixou assente que a imprescritibilidade das ações civis de ressarcimento ao erário aplica-se na hipótese de lesões resultantes de atos ilícitos praticados por agentes públicos e também no caso de os prejuízos terem sido causados por atos ilícitos de particulares que não sejam agentes públicos

4. CONTROLE LEGISLATIVO.

INTRODUÇÃO.

Introdução

A fiscalização da administração pública exercida pelo Poder Legislativo é usualmente denominada controle legislativo. Como existe administração pública em todos os Poderes da República, é evidente que as prerrogativas do Poder Legislativo incluem a fiscalização da atuação administrativa em todos eles. Entretanto, o controle que o Poder Legislativo exerce sobre os atos de sua própria administração pública tem natureza diversa daquele que ele realiza sobre a atuação administrativa dos Poderes Executivo e Judiciário. Na primeira hipótese, temos controle interno, ao passo que nos outros casos existe controle externo.

O controle que o Poder Legislativo efetua sobre a sua própria atuação administrativa, por ser um controle interno, não se distingue do controle administrativo, exercido com base no poder de autotutela.

No presente tópico será examinado o controle legislativo como controle externo, ou seja, aquele exercido sobre o Poder Executivo - que concentra a quase totalidade das hipóteses - e sobre os atos administrativos do Poder Judiciário. O controle legislativo - por vezes chamado controle parlamentar -, pelo fato de ser um controle externo, somente pode ocorrer nas situações e nos limites diretamente previstos no texto da Constituição Federal.

As leis de qualquer ente federado, as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas dos municípios e do Distrito Federal não podem criar hipóteses ou estabelecer instrumentos de controle legislativo que não guardem simetria com a Carta da República. Caso o façam, serão inconstitucionais, por ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

O controle legislativo possui marcada índole política, razão pela qual ele não se limita ao estrito controle de legalidade formal, abrangendo outros aspectos, como a eficiência e, para alguns autores, até mesmo a conveniência pública de determinadas atuações do Poder Executivo. Segundo pensamos, embora realmente se possa afirmar que o controle legislativo possibilita até mesmo juízo de mérito administrativo, isso não significa que o Poder Legislativo tenha possibilidade de, simplesmente, considerar que determinado ato administrativo praticado pelo Poder Executivo foi inconveniente ou inoportuno e, com base nesse juízo, revogar o referido ato.

A nosso ver, os casos em que o Poder Legislativo realiza controle de mérito administrativo no exercício do controle externo são aqueles em que a Constituição Federal, diretamente, atribui a ele competência para, discricionariamente, intervir em determinada atuação do Poder Executivo. Nessas situações, o Poder Legislativo exerce um controle sobretudo político, mas a doutrina costuma enquadrá-lo como controle de mérito, no intuito de ressaltar o fato de que não se trata de um simples controle de legalidade.

Nas hipóteses de controle político, o Poder Legislativo atua com ampla discricionariedade. São exemplos as diversas situações em que é necessária uma autorização do Legislativo para a prática de algum ato pelo Executivo, como ocorre na nomeação do presidente e dos diretores do Banco Central, que é condicionada à prévia aprovação pelo Senado Federal dos nomes escolhidos pelo Presidente da República (CF, art. 52, III, "d"), e na realização de operações externas de natureza financeira, de interesse de algum dos entes federados, que depende de autorização do Senado Federal (CF, art. 52, V).

O estudo do controle legislativo, em razão das características apontadas, deve centrar-se:

(a) no conhecimento das disposições constitucionais que estabelecem hipóteses do denominado controle parlamentar direto (exercido pessoalmente pelos parlamentares, pelas mesas das casas legislativas ou por intermédio das comissões do Poder Legislativo); e

(b) no estudo do controle contábil, financeiro e orçamentário, sobretudo das competências do Tribunal de Contas da União (TCU).

Serão esses os pontos expostos adiante, juntamente com os comentários que se fizerem oportunos. Enfatizamos que as hipóteses que serão estudadas aplicam-se, por simetria, no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, feitas as adaptações pertinentes, quando necessário.

1. HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE PARLAMENTAR DIRETO:

CONTROLES EXERCIDOS PELO CONGRESSO NACIONAL:

a) é competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X);

O art. 49, X, da Constituição Federal confere ao Poder Legislativo, de forma ampla, competência para controlar os atos do Poder Executivo. Embora a literalidade desse dispositivo pudesse gerar a impressão de que o controle parlamentar seria ilimitado, não se deve esquecer a natureza política desse controle, uma vez que não há hierarquia entre os Poderes da República. Há que ser respeitada, sempre, a independência e a harmonia entre os Poderes, razão pela qual se pode afirmar que o dispositivo em apreço tem a finalidade principal de explicitar que é função típica do Poder Legislativo - tão importante quanto a função de editar leis e outros atos normativos primários -o controle da administração pública, nos termos e limites estabelecidos pela Constituição Federal (o Poder Legislativo possui duas funções típicas, diferentemente dos demais Poderes da República).

b) é competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V);

Esse dispositivo constitucional deve ser interpretado em conjunto com o art. 84, IV, e com o art. 68, § 2. O art. 84, IV, da Constituição Federal confere ao Presidente da República o denominado poder regulamentar -competência privativa para editar decretos e regulamentos visando a assegurar a fiel execução das leis. Pode, todavia, ocorrer que, a título de exercício do poder regulamentar, seja editado um decreto que ultrapasse o conteúdo e o alcance da lei, ocasionando inovação no ordenamento jurídico (em vez de mera regulamentação da lei).

Nessa hipótese, dispõe o Congresso Nacional de competência para sustar as disposições do decreto que tenham exorbitado dos limites do legítimo exercício do poder regulamentar. Vale lembrar que, a partir da EC 32/2001, passaram a existir em nosso ordenamento decretos autônomos, que deverão disciplinar as seguintes matérias, descritas no art. 84, VI, da Constituição: organização e funcionamento da administração federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e extinção de cargos ou funções públicas, quando vagos.

Impende frisar que unicamente nessas hipóteses são admitidos, no Brasil, decretos autônomos, isto é, decretos editados com base direta na Constituição, sem estarem regulamentando lei alguma. O art. 68 da Constituição trata das leis delegadas ("delegação legislativa"). Nos termos do § 2.º desse dispositivo, "a delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício".

Na hipótese de o Presidente da República exorbitar dos limites da delegação legislativa, ou seja, editar uma lei delegada extrapolando o disposto na resolução do Congresso Nacional a que se refere o art. 68, § 2.º, tem o Poder Legislativo competência para sustar as disposições exorbitantes contidas na lei delegada, conforme prevê a parte final do acima reproduzido art. 49, V, da Carta Política. O controle exercido pelo Poder Legislativo com base no inciso V do art. 49, ora em análise, é um controle de legalidade ou legitimidade, e não um controle de mérito administrativo, haja vista que o dispositivo não autoriza o Poder Legislativo a apreciar a oportunidade ou a conveniência dos atos controlados, e sim a sustar aqueles que extrapolem ou contrariem o exercício legítimo das competências conferidas ao Poder Executivo pela própria Constituição, ou pelo Congresso Nacional.

c) é competência do Congresso Nacional sustar contratos que apresentem ilegalidade, mediante solicitação do Tribunal de Contas da União (art. 71, § 1.º); Conforme será estudado à frente, o Tribunal de Contas da União tem competência para sustar a execução de atos administrativos, diretamente, dando apenas ciência dessa providência à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, art. 71, X); No caso de contratos administrativos, diferentemente, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Apenas se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa

dias, não efetivar as medidas cabíveis para a sustação do contrato é que o Tribunal de Contas da União adquirirá competência para decidir a respeito (CF, art. 71, §§ 1.º e 2.º).

d) é competência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ou de qualquer de suas comissões, convocar Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada (art. 50, caput);

e) é competência das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas (art. 50, § 2.);

f) é competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX).

Acerca desse dispositivo (art. 49, IX) é relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal não admite que a Constituição de um estado-membro estabeleça competência para que a assembleia legislativa (e, no âmbito municipal, a câmara municipal) julgue suas próprias contas, tampouco as contas do Tribunal de Justiça.

Segundo o Pretório Excelso, somente cabe à assembleia legislativa o julgamento das contas do governador (e, à câmara municipal, o julgamento das contas do prefeito). Isso porque o julgamento de contas de quaisquer administradores públicos cabe aos tribunais de contas, ressalvado unicamente o julgamento das contas dos Chefes do Poder Executivo, o qual compete, diretamente, ao Poder Legislativo (Congresso Nacional, assembleia legislativa, câmara municipal ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, conforme o caso).

Assim deve ser em todos os entes federados, por força do art. 71, 1 e II, da Constituição Federal, conjugado com o seu art. 75 - o qual estende, obrigatoriamente, aos tribunais de contas dos estados e dos municípios (onde houver) o modelo de organização, composição e fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Em suma, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, as Constituições estaduais não podem estabelecer que as contas anuais apresentadas pelo órgão administrativo da assembleia legislativa (a mesa da assembleia legislativa) sejam julgadas pela própria assembleia legislativa, atribuindo ao pronunciamento do respectivo tribunal de contas função meramente opinativa.

Os tribunais de contas têm competência para julgar as contas -e não apenas opinar sobre a regularidade delas - de quaisquer administradores, mesmo quando se trate de contas prestadas pelos órgãos administrativos do próprio Poder Legislativo, excepcionadas, unicamente, as contas apresentadas pelos Chefes do Poder Executivo (CF, art. 49, IX, e art. 71, I e II, combinado com o art. 75).

A mesma orientação se aplica aos municípios, isto é, somente as contas do prefeito são julgadas pela câmara municipal, cabendo ao tribunal de contas municipal (onde houver), ou ao tribunal de contas do estado em que esteja localizado o município, o julgamento das contas de todos os demais administradores municipais, sem qualquer exceção.

g) é competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar ou aprovar determinados atos concretos do Poder Executivo (art. 49, XII, XVI, XVII);

h) é competência do Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, exercer a fiscalização contábil, financeira e orçamentária federal (art. 70, caput).

A Constituição da República, no seu art. 70, atribui competência ao Congresso Nacional para, mediante controle externo, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta federal, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Dessa importante função de controle exercida pelo Poder Legislativo trataremos separadamente, mais à frente.

CONTROLES ESPECÍFICOS EXERCIDOS PELO SENADO FEDERAL.

No seu art. 52, a Constituição de 1988 estabelece as competências privativas do Senado Federal. A leitura dos diversos incisos desse artigo permite constatar que muitas das competências ali enumeradas referem-se a atribuições de controle, a serem

exercidas especificamente pelo Senado sobre atos ou atividades do Poder Executivo federal.

É mister reiterar que, por simetria, essas hipóteses de controle também se aplicam aos demais entes federados, desde que seja cabível, e feitas as adaptações necessárias. Como só existe bicameralismo na esfera federal, é evidente que, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios, os controles que devam ser exercidos por simetria com o art. 52 da Constituição Federal o serão pelo único órgão legislativo do ente federado: a assembleia legislativa, a Câmara Legislativa ou as câmaras municipais, conforme o caso. Transcrevemos abaixo algumas das hipóteses de controle estabelecidas no art. 52 da Carta Política:

a) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I);

b) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de determinados magistrados e ministros do TCU, de governador de Território, do presidente e diretores do Banco Central, do Procurador-Geral da República e de outras autoridades que a lei estabeleça (art. 52, III);

c) aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV);

d) autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos municípios (art. 52, V);

e) aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (art. 52, XI).

CONTROLE EXERCIDO POR MEIO DE COMISSÕES.

A Constituição de 1988 trata das comissões do Congresso Nacional e de suas Casas no art. 58. São previstas, nesse artigo, atribuições genéricas de controle para essas comissões, tais quais as descritas nos incisos III, IV, V e VI de seu § 2.º. Nos termos desses incisos, respectivamente, compete às comissões, em razão da matéria de sua competência:

(a) convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

(b) receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

(c) solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; e

(d) apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

Merecem especial referência as denominadas comissões parlamentares de inquérito -CPI, às quais se refere o § 3.º do art. 58 da Constituição, nestes termos:

§ 3.º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

É farta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos poderes das comissões parlamentares de inquérito, todos eles diretamente derivados do texto constitucional, ainda que alguns se encontrem nele apenas implícitos. Segundo orientação de nossa Corte Máxima, as comissões parlamentares de inquérito podem, por ato próprio (isto é, sem necessidade de autorização judicial), desde que motivadamente:

a) convocar investigados e testemunhas a depor, incluindo autoridades públicas federais, estaduais e municipais;

b) determinar as diligências que entender necessárias (é comum a solicitação de diligências ao Tribunal de Contas da União, à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Polícia Federal, nas respectivas áreas de competência);

c) requisitar de repartições públicas informações e documentos de seu interesse;

d) determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico das pessoas por ela investigadas; e) convocar juizes para depor, desde que a respeito de sua atuação como administrador público (função não jurisdicional).

Por outro lado, entende o Supremo Tribunal Federal que as comissões parlamentares de inquérito não podem, por autoridade própria:

- a) decretar a busca e apreensão domiciliar de documentos;
- b) determinar a indisponibilidade de bens do investigado;
- c) decretar a prisão _de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de prisão em flagrante;
- d) determinar a interceptação (escuta) telefônica (não confundir com a interceptação com a mera quebra do sigilo dos registros telefônicos, a qual pode ser determinada diretamente pela CPI, conforme acima referido);
- e) convocar magistrados para depor a respeito de sua atuação típica, na função jurisdicional;
- f) restringir a assistência por advogado.

FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA NA CF88.

A fiscalização contábil, financeira e orçamentária - muitas vezes denominada, simplesmente, "controle financeiro", em sentido amplo - é exercida sobre os atos de todas as pessoas que administrem bens ou dinheiros públicos. O art. 70 da Constituição de 1988, situado no capítulo sobre o Poder Legislativo, preceitua:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Observa-se que há previsão de um controle interno, exercido pelo próprio Poder incumbido da gestão de determinado recurso público, e um controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do tribunal de contas competente, sobre a atividade

financeira dos demais Poderes. No âmbito do Poder Executivo federal, o controle interno está disciplinado na Lei 10.180/2001.

É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal já deixou assente que é plenamente compatível com a Constituição de 1988, sem ferir a autonomia municipal, nem implicar usurpação de competência do Tribunal de Contas da União (TCU), a fiscalização exercida pela Controladoria-Geral da União (CGU) quanto à correta aplicação de recursos públicos federais repassados, nos termos de convênios, aos municípios.

Esclareceu nossa Corte Suprema que a CGU tem competência para fiscalizar a regularidade da aplicação de dinheiro da União onde quer que tal aplicação ocorra, e que essa fiscalização tem a natureza de controle interno, porque exercida exclusivamente sobre verbas oriundas do orçamento do Poder Executivo federal, embora destinadas a repasse a outros entes federados -a fiscalização da CGU, órgão integrante da Presidência da República, não pode alcançar verbas estaduais e municipais.

Na ocasião, lembrou o Pretório Excelso que a Constituição da República estabelece que o controle externo do Poder Executivo federal, o qual inclui o controle financeiro exercido pelo TCU, deve se dar sem prejuízo do controle interno efetuado pelo próprio Poder Executivo (RMS 25.943/DF, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 24.11.2010). O controle interno que cada Poder exerce em seu próprio âmbito é um controle pleno, irrestrito, abrangendo toda e qualquer verificação pertinente à legalidade ou à legitimidade da atuação dos respectivos órgãos e agentes e, quando se tratar de atuação discricionária, à conveniência e à oportunidade administrativas.

O controle financeiro externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas, visa a aferir a probidade da atuação da administração pública e a regularidade na utilização de recursos públicos (em acepção abrangente), sendo um controle contábil e financeiro de legalidade e legitimidade, revestido, todavia, de marcada índole política.

Abrimos um parêntese para registrar que é frequente os autores afirmarem que, exatamente em razão do viés político do controle financeiro externo, chega ele ao ponto de possibilitar o questionamento de aspectos que envolvem a própria discricionariedade do administrador público. É necessário tomar cuidado com essa afirmação. Ela só é

correta se ficar claro que o controle financeiro externo não permite ao órgão controlador revogar um ato discricionário sujeito ao seu controle, ou seja, não pode o referido órgão substituir, pelo seu próprio, o juízo de oportunidade e conveniência do administrador, quando tal juízo tiver sido exercido em conformidade com a lei e o direito.

Portanto, o que se pretende dizer com a asserção de que o controle financeiro externo envolve aspectos relacionados à discricionariedade é que ele não se restringe à análise meramente formal de legalidade e que ele possibilita o questionamento até mesmo da atuação discricionária do administrador, o qual terá que justificar, fundamentadamente, à luz da lei e do direito, as escolhas que fez no exercício de sua atividade administrativa, demonstrando que havia elementos, em cada caso, que o levaram a considerar que uma determinada atuação, por ele dotada -e não outra, igualmente válida -, mais adequadamente atendia ao interesse público.

Esse controle externo financeiro, conforme previsão do supratranscrito art. 70 da Constituição, concerne à receita, à despesa e à gestão dos recursos públicos, com vistas a preservar o erário de toda sorte de malversação. As áreas alcançadas pelo chamado controle financeiro são: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Na área contábil, há preocupação com a correta formalização dos registros das receitas e despesas; na área financeira, o controle se efetiva por meio do acompanhamento dos depósitos bancários, dos empenhos de despesas, dos pagamentos efetuados, dos ingressos de valores etc.; o controle orçamentário diz respeito ao acompanhamento da execução do orçamento, à fiscalização dos registros nas rubricas orçamentárias adequadas etc.; na área operacional, controla-se a execução das atividades administrativas em geral, verificando-se a observância dos procedimentos legais e a sua adequação às exigências de eficiência e economicidade; o controle patrimonial incide sobre os bens do patrimônio público, móveis e imóveis, constantes de almoxarifados, de estoques ou que estejam em uso pela administração.

Conforme o texto constitucional (art. 70), as áreas enumeradas no parágrafo precedente serão controladas, com vistas à verificação da regularidade da gestão da coisa pública, sob cinco diferentes aspectos: legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. No exercício do controle da legalidade é confrontada determinada atuação da administração pública com as normas jurídicas de regência, acarretando a anulação do ato que lhes contrarie, ou a determinação para que seja anulado. O controle da legitimidade, segundo a doutrina, complementa o controle

da legalidade (em sentido meramente formal), possibilitando a apreciação de outros aspectos além da simples conformidade entre determinada atuação e o texto formal da lei.

Ao explicitar que o Poder Legislativo tem competência para controlar a legitimidade da atuação administrativa o dispositivo constitucional em apreço pretende afirmar que o controle externo não se restringe ao confronto formal entre a letra da lei e os atos da administração, mas também deve observar se a atuação administrativa se ajusta ao espírito e à finalidade da lei, à moralidade administrativa, enfim, ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive aos princípios jurídicos expressos e implícitos na Constituição.

Cabe observar que, embora o texto do art. 70 da Constituição Federal, acima reproduzido, enumere como expressões distintas "legalidade" e "legitimidade", é bastante frequente a utilização desses vocábulos como sinônimos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Tal uso não deve ser considerado incorreto, uma vez que, a rigor, o exercício pleno do controle de legalidade implica sempre a possibilidade de ser verificada a conformidade entre a atuação controlada e a totalidade do ordenamento jurídico. Somente quando a doutrina emprega a expressão "controle meramente formal de legalidade" é que está a aludir à concepção -há muito ultrapassada - de "confronto estrito entre a atuação administrativa e o texto literal de uma lei formal".

Seja como for, fica o registro: quando algum texto menciona "legalidade" e "legitimidade", qual fossem coisas distintas, a diferenciação teórica usual é essa que acabamos de explicar. O controle de economicidade relaciona-se à noção de racionalidade e eficiência na realização da despesa pública. A verificação do atendimento à exigência de economicidade implica valorar se o administrador de recursos públicos procedeu, na realização da despesa pública, do modo mais econômico - não com o significado de mero corte de despesas, mas sim de racionalidade e eficiência, evitando desperdícios, aquisições de bens e serviços em quantidades superiores ou inferiores às necessárias, ou que desatendam a padrões satisfatórios de qualidade, ou que estejam com preços acima dos habitualmente praticados no mercado etc.

Em síntese, economicidade traduz a ideia de realização de despesa pública com vistas à obtenção da melhor relação custo-benefício possível, tendo em conta as

disponibilidades orçamentárias. Quanto ao controle da aplicação das subvenções é necessário, preliminarmente, conhecer o conceito legal de subvenção. A Lei 4.320/1964, que estabelece, em caráter nacional, "normas gerais de direito financeiro", define a expressão ora em tela no § 3.º do seu art. 12, nestes termos:

§ 3.º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I -subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

O controle da aplicação das subvenções, portanto, deve centrar-se na fiscalização do emprego efetivo e adequado, pela entidade beneficiária, dos recursos públicos recebidos a título de subvenção, no âmbito da atividade estatal de fomento (em sentido amplo). Por exemplo, se uma escola ou um hospital receberam recursos públicos (subvenções) para a manutenção de suas atividades estarão, automaticamente, sujeitos ao controle exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo tribunal de contas, mesmo que se trate de entidades de natureza inteiramente privada.

Também exige definição prévia a expressão "renúncia de receitas". Nos termos da Lei Complementar 101/2000 ("Lei de Responsabilidade Fiscal"), que tem caráter de lei nacional, "a renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado" (art. 14, § 1.º). Para a concessão de benefício tributário que implique renúncia de receita, o art. 14 da Lei Complementar 101/2000, no caput e nos seus incisos, estabelece como condições, dentre outras:

- a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar a vigência do benefício e nos dois seguintes;
- b) observância do disposto na lei de diretrizes orçamentárias;
- c) medidas de compensação, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributos.

A renúncia de receitas deve ser acompanhada de perto pelo controle externo, dada a sua natureza excepcional, porquanto, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, não pode o administrador público, por iniciativa própria, abrir mão de recursos que seriam empregados em bens e serviços destinados à coletividade. Por essa razão, aliás, qualquer renúncia a receitas públicas deve estar expressamente prevista em lei, e só pode ocorrer nos estritos termos e limites desta.

O parágrafo único do art. 70, acima transcrito, é importante para explicitar que não só agentes públicos e não só atos ou contratos administrativos propriamente ditos estão sujeitos à fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Pelo contrário, a sujeição ao controle ora em foco é orientada pelo denominado princípio da universalidade: toda e qualquer pessoa, física ou jurídica - inclusive pessoas inteiramente privadas -, desde que, de algum modo, receba, administre ou esteja incumbida da aplicação de recursos públicos de qualquer espécie, mediante atos, contratos e convênios de qualquer natureza, ou execute quaisquer outras operações que onerem o erário, está sujeita ao controle contábil, financeiro e orçamentário, concernente à regularidade de seus procedimentos, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do tribunal de contas competente.

Impende, por fim, lembrar que, embora o art. 70 da Constituição da República seja endereçado especificamente à União, as regras aqui expostas são aplicáveis, por simetria, aos demais entes federados, feitas as adaptações pertinentes, quando necessárias.

ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

Os tribunais de contas são órgãos vinculados ao Poder Legislativo, que o auxiliam no exercício do controle externo da administração pública, sobretudo o controle financeiro. Não existe hierarquia entre as cortes de contas e o Poder Legislativo. Os tribunais de contas não praticam atos de natureza legislativa, mas tão somente atos de fiscalização e controle, de natureza administrativa. Não obstante recebam a denominação de "tribunais", as cortes de contas não exercem jurisdição, isto é, não dizem com definitividade o direito aplicável a um caso concreto litigioso; suas decisões não fazem "coisa julgada" em sentido próprio.

Acerca da posição constitucional dos tribunais de contas no Brasil, merece transcrição, pela sua marcante clareza, este excerto da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, em 01.07.2009, na ADIMC 4.190/RJ, da qual é relator (grifamos):

Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura. Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a ideia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Na realidade, os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico.

O art. 71 da Constituição da República estabelece as competências do Tribunal de Contas da União. O controle que os tribunais de contas exercem sobre os atos ou contratos da administração pública é um controle posterior ou subsequente, salvo as inspeções e auditorias (controle concomitante), que podem ser realizadas a qualquer tempo.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar inconstitucional lei estadual que determinava que todos os contratos celebrados entre o governo do estado e empresas particulares dependeriam de registro prévio perante o tribunal de contas estadual. Entendeu-se que a lei em questão ofendia o art. 71 da Constituição da República - aplicável aos tribunais de contas estaduais em razão da regra de simetria vazada no art. 75 -, que não prevê como atribuição do Tribunal de Contas da União o controle prévio e amplo dos contratos celebrados pela administração pública (ADI 916/MT, rei. Min. Joaquim Barbosa, 02.02.2009).

A respeito das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União (TCU), arroladas no art. 71 da Constituição Federal, merecem destaque os pontos que passamos a expor.

O primeiro ponto diz respeito à competência do TCU para "apreciar" e "julgar" as contas públicas. No tocante às contas do Presidente da República (art. 71, I), o TCU tem competência, tão somente, para apreciá-las, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado no prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento. Portanto, não cabe ao TCU julgar as contas do Presidente da República. Quem as julga é o Congresso Nacional consoante estabelece o art. 49, IX, da Constituição Federal.

Quanto às contas dos demais administradores públicos, o TCU dispõe de competência para julgá-las, por força do inciso II do art. 71 da Carta Política. Consideramos importante essa noção a respeito do controle das contas públicas: no que respeita às contas do Presidente da República, o TCU tem competência, apenas, para apreciá-las, porquanto a competência para o julgamento é do Congresso Nacional (CF, art. 71, 1, combinado com o art. 49, IX); relativamente às contas dos demais administradores públicos, a competência para o julgamento é do próprio TCU (CF, art. 71, II).

Esse modelo, em decorrência do disposto no art. 75 da Carta Política, é de observância obrigatória no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Assim, no âmbito estadual, a competência para julgar as contas do governador será da assembleia legislativa, após a apreciação, mediante parecer prévio, do tribunal de contas do estado; e a competência para o julgamento das contas dos demais administradores públicos estaduais será do tribunal de contas do estado.

No âmbito municipal, a competência para julgar as contas do prefeito será da câmara municipal, após a apreciação, mediante parecer prévio, do tribunal de contas do estado (ou do município, onde houver); e a competência para o julgamento das contas dos demais administradores municipais será da corte de contas do estado (ou do município, onde houver).

Em face dessa disciplina constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não pode a Constituição do estado-membro outorgar à assembleia legislativa competência para julgar suas próprias contas, tampouco as contas dos administradores do Poder Judiciário local, haja vista que essa medida implicaria usurpação de competência do tribunal de contas do estado.¹ Essa mesma vedação é aplicável à Lei Orgânica do município, no tocante ao julgamento das contas da câmara municipal.

Cabe registrar, aliás, que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de declarar inconstitucional até mesmo a previsão, em determinada Constituição estadual, de que os julgamentos de contas realizados pelo tribunal de contas daquele estado estariam sujeitos a recurso para o plenário da respectiva assembleia legislativa. Invocando o art. 71, inciso II, da Constituição Federal, asseverou a Corte Suprema, de forma ampla, que "o exercido da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo".

Por fim, ainda sobre esse ponto, convém reproduzir esta observação da Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro, acerca da competência do TCU para julgar as contas dos administradores de recursos públicos:

Embora o dispositivo fale em "julgar" (inciso II do art. 71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário.

O segundo ponto, palco de relevantes controvérsias, diz respeito à competência para o julgamento das contas da própria corte de contas. Tal controvérsia tem assento constitucional, haja vista que a Constituição Federal de 1988 não dispôs, expressamente, a respeito dessa incumbência - julgar as contas das cortes de contas.

Diante do silêncio constitucional, formou-se corrente doutrinária propugnando que caberia à própria corte de contas o julgamento de suas contas, sob o fundamento de que a hipótese estaria implicitamente albergada pelo inciso II do art. 71 da Carta Política. No Distrito Federal, porém, a Lei Orgânica outorgou competência privativa à Câmara Legislativa para apreciar e julgar, anualmente, as contas do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

A controvérsia foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, que requereu a declaração da inconstitucionalidade dessa determinação da Lei Orgânica do Distrito Federal, sob o fundamento de que estaria havendo usurpação de competência da corte de contas distrital, cuja atribuição para julgar suas próprias contas decorreria, por simetria, do conteúdo implícito do inciso II do art. 71 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a regra da Lei Orgânica do Distrito Federal, sob os seguintes fundamentos:

(1) os princípios constitucionais administrativos impõem a prestação de contas no âmbito da administração pública direta e indireta;

(2) os tribunais de contas, embora detenham autonomia, como ordenadores de despesas, possuem o dever de prestar contas a outro órgão; e

(3) o crivo feito pelo Poder Legislativo harmoniza-se com a Constituição Federal.

Em outra ação direta, o Pretório Excelso, com arrimo no entendimento exposto no parágrafo anterior, considerou legítimos dispositivos da Constituição do Estado do Pará que atribuíam competência exclusiva à assembleia legislativa para julgar as contas do tribunal de contas desse estado.¹⁴ A partir desses julgados, podemos asseverar que o Supremo Tribunal Federal considera válida norma constitucional estadual que outorgue competência à respectiva assembleia legislativa para o julgamento das contas da corte de contas do estado.

Por força do art. 75 da Constituição Federal, esse entendimento é extensivo aos municípios, ou seja, a Lei Orgânica do município pode atribuir à câmara municipal competência para o julgamento das contas da corte de contas municipal, onde houver. O terceiro ponto diz respeito à distinção que a Constituição estabeleceu quanto à atuação do TCU na hipótese de ele apurar irregularidades em atos administrativos e em contratos administrativos. Em ambos os casos, deve o TCU estabelecer um prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Entretanto, se as determinações do TCU não forem atendidas, as consequências serão diferentes.

De fato, quando se trata de ato administrativo, cabe ao próprio TCU sustar a sua execução, dando ciência dessa providência à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, art. 71, X). Já se a irregularidade for constatada em um contrato administrativo, não tem o TCU, desde logo, competência para sustá-lo. O ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

Entretanto, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas cabíveis, o TCU adquirirá competência para decidir a respeito da sustação do contrato (CF, art. 71, §§ 1.0 e 2.0). Aliás, por ser pertinente ao tema, convém abrir um parêntese para registrar que na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) é outorgada a essa Corte de Contas, quando for "verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação", competência para declarar "a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal" (art. 46).

O quarto ponto relevante refere-se à natureza das decisões do Tribunal de Contas da União das quais resulte imputação de débito ou multa. A Constituição atribuiu a essas decisões eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3.0). Isso significa que a multa aplicada, ou o débito imputado, pode ser levada diretamente ao Poder Judiciário para cobrança, em ação de execução, sem necessidade de discussão prévia, em uma ação judicial de conhecimento, acerca da legitimidade dessa multa ou desse débito.

Segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, somente o ente público beneficiário da condenação patrimonial imposta pelos tribunais de contas possui legitimidade processual para ajuizar a ação de execução. Não pode o Ministério Público - atuante ou não junto às cortes de contas, seja federal, seja estadual -, sob o argumento de que estaria promovendo a proteção do patrimônio público (CF, art. 129, III), propor essa ação de execução das multas ou débitos imputados pelos tribunais de contas.

O quinto ponto a ser frisado concerne ao alcance do inciso II do art. 71 da Constituição, especialmente no que tange à assim chamada "tomada de contas especial". A parte final do referido inciso atribui ao TCU competência para julgar as contas "daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público". O exercício dessa competência se opera mediante a denominada tomada de contas especial, procedimento destinado a apurar fato específico em que haja suspeita de lesão ao erário. Difere da tomada e da prestação de contas ordinárias anuais, que independem de suspeita de irregularidades, e têm base na parte inicial do inciso II do art. 71 da Carta Política.

Todas estão disciplinadas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) e regulamentadas em atos administrativos editados pela própria Corte de Contas. No

Julgamento dos MS 23.627/DF e MS 23.875/DF, em março de 2002, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o inciso II do art. 71 da CF/1988 não conferiria competência ao TCU para determinar a instauração de tomada de contas especial às sociedades de economia mista. Na ocasião, asseverou o STF que os bens e direitos das sociedades de economia mista não são bens públicos, mas bens de natureza privada, distintos dos bens do Estado, e que isso seria motivo para afastar a incidência da parte final do inciso II do art. 71 da Constituição (Informativo 259 do STF).

Essa orientação, a nosso ver tão contrária ao espírito da Constituição, no que respeita à proteção da coisa pública, e à própria letra do inciso II do seu art. 71, que não se restringe, de modo algum, aos bens públicos propriamente ditos, felizmente teve sobrevida breve. Com efeito, em novembro de 2005, nossa Corte Suprema passou a entender que a tomada de contas especial se aplica a todas as sociedades de economia mista (e também, por óbvio, às empresas públicas e demais entidades da administração indireta), não importa se prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas.

Na sua "virada jurisprudencial", deixou assente o STF que o simples fato de haver recursos públicos envolvidos -o que ocorre pelo mero motivo de o Estado ser o detentor da maioria do capital votante de qualquer sociedade de economia mista - enseja a incidência do inciso II do art. 71 da Constituição, inclusive de sua parte final, que dispõe sobre a tomada de contas especial Irrelevante, para esse efeito, o fato de os bens das sociedades de economia mista não se enquadrarem como bens públicos em sentido estrito (classificação que só alcança os bens das pessoas jurídicas de direito público).

Portanto, atualmente, a matéria está pacificada: toda e qualquer entidade da administração indireta, não importa seu objeto, nem sua forma jurídica, sujeita-se integralmente ao inciso II do art. 71 da Constituição, inclusive à sua parte final, que trata do instituto da tomada de contas especial, aplicável a quem dê causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

O sexto ponto digno de nota diz respeito ao entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual os tribunais de contas, no desempenho de suas atribuições, podem realizar o controle de constitucionalidade das leis, isto é, no exame de um processo submetido a sua apreciação, podem afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo do Poder Público, por entendê-lo inconstitucional.

Essa declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais de contas deverá ser proferida pela maioria absoluta de seus membros, em atenção à cláusula de "reserva de plenário", estabelecida no art. 97 da Constituição Federal. Cabe registrar, ainda, que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o TCU dispõe de legitimidade para expedição de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como de garantir a efetividade de suas decisões.

O provimento cautelar pode ser concedido, inclusive, sem a oitiva prévia da outra parte (inaudita altera parte), não configurando tal procedimento ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, haja vista que o exercício desses direitos, observado o devido processo legal, ocorrerá em fase processual ulterior. Embora não expressamente prevista no texto constitucional, entende o Supremo Tribunal Federal que a possibilidade de concessão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas da União decorre da outorga constitucional de poderes implícitos a esta Corte.

Enfim, para o Tribunal Supremo, o fato de o art. 71 da Constituição Federal outorgar explicitamente diversas atribuições ao Tribunal de Contas da União implica reconhecer a outorga implícita dos meios necessários à integral e eficiente realização de tais atribuições, dentre os quais a concessão de medidas cautelares, quando isso for indispensável para garantir a efetividade de suas decisões. O Tribunal de Contas da União - e, em decorrência da simetria, as demais cortes de contas - não dispõe, entretanto, de competência para requisitar diretamente informações que importem quebra de sigilo bancário das pessoas submetidas ao seu controle.

Não podem as cortes de contas, tampouco, alterar determinações constantes de decisão judicial transitada em julgado, ainda que a decisão judicial implique a concessão de benefício a servidor ou a administrado e destoe daquilo que venha sendo decidido, em casos análogos, pelo Supremo Tribunal Federal. Assim é porque a autoridade da coisa julgada não pode ser contrastada por nenhuma decisão administrativa - e as decisões dos tribunais de contas têm natureza administrativa.

Sentença judicial transitada em julgado, em matéria cível, só pode ser validamente desconstituída, se for o caso, mediante ação rescisória. Também já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que não é compatível com a Constituição da República a previsão de que os tribunais de contas funcionem como instância recursal em processos administrativos tributários.

No caso concreto, havia uma norma de Constituição estadual que estabelecia que as decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário seriam apreciadas, em grau de recurso, pelo tribunal de contas estadual. Entendeu nossa Corte Suprema não competir ao Poder Legislativo apreciar recursos interpostos contra decisões tomadas em processos administrativos em que se discute questão tributária, nada justificando tal atuação do tribunal de contas, por não encontrar respaldo no art. 71 da Carta Política, de observância impositiva pelos estados, por simetria.

Reiteramos que as normas da Constituição Federal relativas ao Tribunal de Contas da União "aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios" (CF, art. 75). Por fim, mister é assinalar que há disposições específicas aplicáveis aos municípios, no art. 31 da Constituição Federal, abaixo reproduzidas:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1.º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2. O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. § 3.º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. § 4.º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (SÚMULA VINCULANTE 03).

Em 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante 3, com a seguinte redação:

3 - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação

de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

A Súmula Vinculante 3 apresenta uma redação mais abrangente do que a interpretação que devemos adotar quanto ao alcance de seu conteúdo. Inicialmente, é importante frisar que a referência legislativa e os precedentes judiciais expressamente apontados pelo Supremo Tribunal Federal como fundamentos da Súmula Vinculante 3 restringem-se ao inciso III do art. 71 da Constituição Federal.

Significa dizer que a súmula tem aplicação, tão somente, aos processos administrativos em tramitação no TCU que tenham por escopo:

a) a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal na administração pública, a qualquer título, exceto as nomeações para cargo de provimento em comissão (a rigor, o TCU realiza esse controle não só sobre os atos de admissão, mas também, de um modo geral, sobre outros atos, que tenham repercussão financeira, relacionados à situação funcional do pessoal da administração pública); e

b) a apreciação, para fins de registro, da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório).

Limitando, portanto, ao inciso III do art. 71 da Carta da República a abrangência da Súmula Vinculante 3, resultam de seu texto duas regras:

a) regra 1: nos processos administrativos em que o TCU aprecie, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal na administração pública (e outros atos com repercussão financeira, ligados à situação funcional desse pessoal), devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa ao administrado quando a decisão do processo possa implicar a anulação ou a revogação de ato administrativo que o beneficie;

b) regra 2: nos processos administrativos em que o TCU aprecie, para fins de registro, a legalidade dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, não há direito a contraditório e ampla defesa para o administrado, mesmo que a decisão do processo possa implicar a anulação ou a revogação de ato administrativo que o beneficie.

A regra correspondente à parte inicial do texto da Súmula Vinculante 3, que chamamos de "regra 1", deve ser entendida da seguinte forma: nos processos administrativos em que sejam partes o TCU e a administração pública, nos quais o TCU esteja exercendo o controle externo de legalidade dos atos de admissão de pessoal (ou de outros atos com repercussão financeira, relacionados ao vínculo funcional desse pessoal), o agente público que terá sua situação afetada, mesmo sem ser parte no processo, terá o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa, quando se verificar que a decisão do TCU proferida no processo levará (ou poderá levar) a administração pública a anular ou a revogar um ato administrativo que beneficie aquele agente público.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, expressamente invocando a Súmula Vinculante 3, anulou acórdão do TCU que obrigava a administração a exigir a devolução de valores por ela pagos a uma servidora a título de adicional de dedicação exclusiva, sem que a interessada tivesse sido intimada para exercer; previamente, o contraditório e a ampla defesa.²¹ Em outro exemplo de aplicação dessa diretriz, o STF determinou a reintegração de dois servidores que foram demitidos em consequência de decisão do TCU que anulava o concurso público por meio do qual eles ingressaram em seus cargos; sem que tivesse havido intimação prévia dos servidores para apresentarem defesa. Conforme deixou consignado o Tribunal Maior, houve afronta à Súmula Vinculante 3 e, de modo mais amplo, ao entendimento, consagrado em sua jurisprudência, de que, antes de anular atos administrativos de interesse do administrado, deve a administração facultar-lhe o exercício da ampla defesa.

Observe-se que a regra em comento não é precipuamente endereçada aos processos administrativos em que exista um litígio direto entre o administrado e o TCU, ou a processos em que esteja sendo feita alguma acusação contra o administrado. Em casos assim - processos, sobre qualquer matéria, em que haja litígio imediato entre o administrado e o TCU, ou em que o TCU esteja acusando o administrado de alguma coisa - não existe absolutamente nenhuma necessidade de súmula, pois o contraditório e a ampla defesa são assegurados diretamente pelo inciso LV do art. 5.º da Constituição Federal, sem necessidade de alguma outra norma de reforço.

Em suma, por força dessa determinação do STF, mesmo em um processo concernente a um ato de admissão de pessoal em que as partes sejam somente o TCU e a administração pública, deverão ser assegurados o contraditório e a ampla defesa ao

agente público - que não é parte no processo -, quando a decisão do TCU acarrete, ou possa acarretar, uma consequência que lhe seja desfavorável (anulação ou revogação de um ato administrativo que o beneficiava).

Essa garantia decorrente da Súmula Vinculante 3 realmente é uma coisa nova, e não algo que já estivesse óbvio no inciso LV do art. 5.º da Carta da República. Passamos a examinar, agora, a parte final da Súmula Vinculante 3 (que chamamos, acima, de "regra 2") e o entendimento que atualmente vigora no âmbito de nossa Corte Suprema acerca da sua aplicação - o qual, como se verá, restringe bastante o alcance de sua redação, considerada em sua literalidade. Segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, aposentadorias, reformas e pensões são concedidas por meio de ato administrativo complexo.

Vale dizer, para nossa Corte Suprema, a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão somente se completa, se aperfeiçoa, com o registro feito pelo TCU, no exercício do controle de legalidade do ato. O mesmo entendimento é perfilhado no Superior Tribunal de Justiça. Enquanto o TCU não aprecia a legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão e efetua o registro desse ato, ainda não existe um ato administrativo inteiramente formado, mas sim um ato incompleto, imperfeito, inacabado; só depois do registro pelo TCU é que passa a existir um ato perfeito (completo, concluído) de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão.

Como corolário desse entendimento; afirma o STF que não existe, para o administrado, direito a contraditório e a ampla defesa no caso da apreciação da legalidade pelo TCU, para efeito de registro, do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, haja vista que, aqui, o registro faz parte da própria formação do ato. Antes do registro, não há qualquer espécie de litígio, nem mesmo indireto, com o administrado; o registro integra a formação do ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão e não se cogita contraditório e ampla defesa enquanto o ato está sendo formado, completado, concluído, aperfeiçoado.

Pois bem, a orientação que expusemos, resumidamente, no parágrafo anterior, deve ser entendida, hoje, apenas como uma regra geral, nem sempre aplicável. De fato, em 27 de setembro de 2007, no julgamento do MS 24.448/DF, rei. Mio. Ayres Britto, nossa Corte Maior firmou o entendimento de que o TCU tem o prazo de cinco anos para efetuar a apreciação da legalidade, para fins de registro, do ato de concessão inicial de

aposentadoria (ou reforma ou pensão) sem conceder ao interessado a oportunidade de contraditório e de ampla defesa.

O referido prazo de cinco anos é contado a partir da data da chegada, ao TCU, do processo administrativo de concessão da aposentadoria, reforma ou pensão. Passado esse prazo, a Corte de Contas ainda pode exercer a competência para apreciar a legalidade do ato de concessão da aposentadoria, reforma ou pensão e, se for o caso, declarar o ato ilegal e recusar o registro, mas deverá assegurar ao beneficiário, previamente, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Esse entendimento do Pretório Excelso foi reiterado em julgados posteriores. É interessante notar que, em todos eles, o STF limita-se a anular a decisão do TCU que, passado o prazo de cinco anos, tenha considerado ilegal o ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma ou pensão, sem prejuízo da possibilidade de o TCU instaurar um novo processo, com o mesmo objeto, porém assegurando ao administrado o contraditório e a ampla defesa. Ou seja, o TCU pode, até, ao final, decidir de novo que foi ilegal o ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma ou pensão e negar o correspondente registro, mas essa nova decisão terá que ser precedida do exercício, pelo administrado beneficiário daquele ato, do contraditório e da ampla defesa.

Os fundamentos para essa orientação foram, dentre outros, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da razoabilidade. Considerou o STF que, em atenção a esses princípios, a inércia do TCU por um período superior ao razoável acarreta a necessidade de chamar ao processo as pessoas que possam ser afetadas pela negativa de registro do ato de concessão de aposentadoria reforma ou pensão, a fim de que elas, antes, exercitem as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A fim de ilustrar com clareza esse entendimento, hoje assente no âmbito do STF, transcrevemos abaixo trecho da ementa do aresto exarado no julgamento do MS 24.448/DF, em 27.09.2007 (no caso concreto, o TCU determinara o cancelamento de pensão que havia sido concedida sete anos antes):

A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceituai do Estado de Direito. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham

por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões.

Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5.º). É muito importante salientar que essa orientação do Pretório Excelso não significa sujeitar ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 o direito que o TCU tem de efetuar o controle de legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão.

Ora, se o TCU estivesse sujeito a esse prazo de decadência no exercício do controle de legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, depois que passassem cinco anos da concessão inicial, pela administração pública, de uma aposentadoria, reforma ou pensão, restaria extinto por completo o direito de o TCU declarar a ilegalidade dessa concessão e recusar o respectivo registro, salvo comprovada má-fé do administrado.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal considera que cinco anos é um prazo razoável para o TCU examinar, para fins de registro, sem contraditório e ampla defesa prévios, a legalidade dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão. Esses cinco anos não são aqueles previstos no art. 54 da Lei 9.784/1999 - são apenas um período que o STF alvitrou, em um juízo de razoabilidade, diante da inexistência de um prazo constitucional ou legal expresso.

O transcurso desse prazo razoável de cinco anos sem a atuação da Corte de Contas não implica a decadência do seu direito de fazer esse exame de legalidade (porque não se trata do prazo fixado no art. 54 da Lei 9.784/1999), e sim, tão somente, a obrigação de ser concedido ao administrado, agora, o exercício prévio do contraditório e da ampla defesa. Situação bem diferente ocorre quando o TCU, depois de já ter feito o registro, isto é, já ter afirmado a legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, pretende anular a sua própria decisão, por constatar que errou ao decidir, ou por qualquer outra razão que o leve a entender que o registro não deveria ter sido efetuado. Nesse caso, a orientação do Supremo Tribunal Federal é de que a anulação pelo TCU de sua própria decisão está sujeita ao prazo decadencial de cinco anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. Isso porque o ato de aposentadoria (ou reforma ou pensão), com o registro efetuado pelo TCU, já estava perfeito (concluído,

completo), inexistindo qualquer motivo válido para afastar a aplicação do referido prazo decadencial.

Por fim, não é demais lembrar que as orientações expostas neste tópico, embora sejam especificamente endereçadas ao Tribunal de Contas da União, alcançam as demais cortes de contas do País, uma vez que as disposições da Carta da República relativas ao TCU "aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios" (CF, art. 75).

5. CONTROLE JUDICIAL.

INTRODUÇÃO.

O denominado controle judiciário, ou judicial, é o controle realizado pelos órgãos do Poder Judiciário, no desempenho de atividade jurisdicional, sobre os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, bem como sobre os atos administrativos editados, no exercício de função administrativa, pelo Poder Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário. O controle judicial verifica exclusivamente a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, nunca o mérito administrativo.

Trata-se, em regra, de um controle posterior, corretivo, incidente sobre o ato já praticado. O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional, sempre age mediante provocação do interessado ou do legitimado (em casos como o da ação popular, ou da ação civil pública, pode não existir interesse direto do autor relativamente ao bem ou direito lesado). Mediante o exercício do controle judicial dos atos administrativos pode ser decretada a sua anulação (nunca a revogação, pois esta decorreria de controle de mérito).

Deve-se repisar que não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e das necessidades administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador. Significa que, se fosse dado ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração de oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse juiz substituindo o administrador no exercício dessa atividade valorativa, vale dizer, substituindo a

avaliação de conveniência e oportunidade realizada pelo administrador, que vivenciou a situação que ensejou a prática do ato, que tem como mister exatamente o exercício de atividades administrativas, por uma avaliação de conveniência e oportunidade realizada por ele, juiz, evidentemente distanciado do cotidiano da administração pública.

Não se deve, entretanto, confundir a vedação de que o Judiciário aprecie o mérito administrativo com a possibilidade de aferição pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários. Com efeito, os atos discricionários podem ser amplamente controlados pelo Judiciário, no que respeita a sua legalidade ou legitimidade.

Por exemplo, um ato discricionário do Poder Executivo pode ser anulado pelo Poder Judiciário em razão de vício de competência, de desvio de finalidade, de vício de forma (se foi desatendida determinada forma ou formalidade que a lei considerasse essencial à validade do ato), de vício de motivo (por exemplo, comprovação de inexistência dos fatos alegados pela administração, na motivação do ato, como ensejadores de sua prática) e de vício de objeto (por exemplo, ato praticado com conteúdo não previsto em lei; imagine-se, na esfera federal, um ato de suspensão disciplinar por 100 dias: seria nulo por vício de objeto, porque a lei só autoriza a suspensão até 90 dias). Ainda, os controles de razoabilidade e proporcionalidade possibilitam anulação, pelo Poder Judiciário, de atos discricionários que tenham sido praticados fora da esfera de mérito administrativo estabelecida pela lei.

Em resumo, o Poder Judiciário pode, sempre, desde que provocado, anular atos administrativos, vinculados ou discricionários, que apresentem vícios de ilegalidade ou ilegitimidade. O que não se admite é que o Poder Judiciário revogue um ato editado pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo. A revogação, que traduz exercício do controle de mérito administrativo, retira do mundo jurídico um ato discricionário válido que se tomou inoportuno ou inconveniente ao interesse público, segundo juízo exclusivo da administração pública que o praticou.

Cabe lembrar que no exercício de função administrativa o Poder Judiciário pode, sim, revogar atos discricionários que ele mesmo tenha editado, mas isso não é controle judicial propriamente dito, e sim controle administrativo (porque o Judiciário estará atuando como administração pública, e não exercendo função jurisdicional). A seguir, mencionamos, resumidamente, específicos meios judiciais de controle dos atos da

administração pública, alguns acessíveis a todos os administrados, outros restritos a legitimados determinados.

Desejamos deixar claro que as ações judiciais que selecionamos para uma análise mais detalhada, não são, de forma alguma, as únicas disponíveis para o exercício do controle judicial dos atos da administração pública. Outros instrumentos se prestam ao controle judicial, de que são exemplos, entre muitos, o mandado de injunção, o habeas corpus, o habeas data. Até mesmo a ação direta de inconstitucionalidade - ADI e a ação declaratória de constitucionalidade - ADC são passíveis de utilização para o controle de atos administrativos, desde que providos de normatividade.

Em qualquer hipótese, deve-se ter em mente a regra básica do nosso ordenamento jurídico, constante do art. 5., XXXV, da Constituição, segundo a qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (princípio da inafastabilidade de jurisdição). A rigor, uma relação de ações judiciais disponíveis para o controle judicial das atividades da administração pública sempre será meramente exemplificativa, e não exaustiva, uma vez que todo o pronunciamento do Poder Judiciário sobre um ato da administração pública, em qualquer ação judicial, configura controle judicial.

CONTROLE JUDICIAL EM ESPÉCIE.

5.1 MANDADO DE SEGURANÇA – ARTIGO 5., LXIX e LXX.

Incorporado ao texto constitucional desde a Constituição Federal de 1934, atualmente o mandado de segurança é regulamentado pela Lei 12.016, de 07.08.2009. Nos parágrafos seguintes, sem a pretensão de esgotar o assunto, destacamos os principais aspectos desse regramento legal, complementando-os com entendimentos doutrinários e da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

NATUREZA JURÍDICA. O mandado de segurança é ação judicial, de rito sumário especial, a ser utilizada quando direito líquido e certo do indivíduo for violado por ato de autoridade governamental ou de agente de pessoa jurídica privada que esteja no exercício de atribuição do Poder Público. O mandado de segurança é ação de natureza residual, subsidiária, pois somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por outros remédios judiciais (habeas corpus ou habeas

data, ação popular etc.). É sempre ação de natureza civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal.

CABIMENTO. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. Como se vê, o mandado de segurança é cabível contra o chamado "ato de autoridade", entendido como qualquer manifestação ou omissão do Poder Público, no desempenho de suas atribuições. Ressalte-se que não só as manifestações positivas, comissivas, são consideradas "atos de autoridade", pois as omissões das autoridades também podem violar direito líquido e certo do indivíduo, legitimando a impetração do mandado de segurança. Equiparam-se às autoridades públicas, quanto à prática de atos reparáveis via mandado de segurança, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

DESCABIMENTO. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

- I. De ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II. De decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III. De decisão judicial transitada em julgado.

A vedação constante do inciso I foi abrandada pela jurisprudência pátria. Com efeito, entendem os nossos tribunais que o que é vedado é o administrado impetrar o mandado de segurança enquanto está pendente de decisão o recurso administrativo com efeito suspensivo que ele próprio apresentou. STF, Súmula 268: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado." Entretanto, mesmo que seja cabível o recurso administrativo com efeito suspensivo, se o administrado simplesmente deixar escoar o prazo sem apresentar esse recurso, não fica impedido de ajuizar o mandado de segurança (desde que, evidentemente, não tenha transcorrido o prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração). É interessante observar que, na

hipótese de o mandado de segurança ser impetrado contra uma omissão ilegal, descabe por completo a aplicação da restrição vazada nesse inciso, uma vez que não pode ser cogitada a existência de um recurso administrativo com "efeito suspensivo" de um ato que justamente deixou de ser praticado. Quanto ao inciso III, é oportuno registrar que a impossibilidade de ajuizar mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado é ponto há muito consagrado pela jurisprudência. Decisões judiciais transitadas em julgado, na esfera cível, devem ser atacadas, se for o caso, mediante ação própria: a ação rescisória (CPC, art. 485). Já na esfera penal, a ação adequada para desfazer uma decisão transitada em julgado, se for o caso, é a revisão criminal (CPP, art. 621). Também não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. Essa vedação tem por fim excluir o cabimento do mandado de segurança contra atos de natureza comercial praticados pelos administradores das mencionadas empresas, haja vista que, nesse caso, a atuação deles se equipara à atuação de agente privado, e não à de autoridade pública. Por fim, não cabe mandado de segurança contra lei em tese, salvo se produtora de efeitos concretos.¹⁰⁰ Somente as leis de efeitos concretos são passíveis de impugnação mediante mandado de segurança, pois estas equivalem a atos administrativos, e, por terem destinatários certos, podem violar, diretamente, direitos subjetivos. Para a fiscalização da constitucionalidade das "leis em tese" existe a via própria - ação direta de inconstitucionalidade -, no âmbito do nosso sistema de controle abstrato de normas.

DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Nem todo o direito é amparado pela via do mandado de segurança: a Constituição Federal exige que o direito invocado seja líquido e certo. Direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. É o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Se a existência do direito for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não será cabível o mandado de segurança. Esse direito incerto, indeterminado, poderá ser defendido por meio de outras ações judiciais, mas não na via especial e sumária do mandado de segurança. Por essa razão, não há dilação probatória no mandado de segurança; as provas devem ser pré-constituídas, em regra, documentais, levadas aos autos do processo no momento da impetração. Segundo a orientação

dominante, a exigência de liquidez e certeza recai sobre a matéria de fato, sobre os fatos alegados pelo impetrante para o ajuizamento do mandado de segurança. Estes, sim, necessitam de comprovação inequívoca, de plano. 100 STF, Súmula 266: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese." A matéria de direito, por mais complexa e difícil que se apresente, pode ser apreciada em mandado de segurança. É essa a jurisprudência do STF, segundo a qual a alegação de "grande complexidade jurídica" do direito invocado não é motivo para obstar a utilização da via do mandado de segurança.

LEGITIMAÇÃO ATIVA. Têm legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança (sujeito ativo):

a) as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil;

b) as universalidades reconhecidas por lei, que, embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos (o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a sociedade de fato, a massa do devedor insolvente etc.);

c) os órgãos públicos de grau superior, na defesa de suas prerrogativas e atribuições;

d) os agentes políticos (governador de estado, prefeito municipal, magistrados, deputados, senadores, vereadores, membros do Ministério Público, membros dos tribunais de contas, ministros de estado, secretários de estado etc.), na defesa de suas atribuições e prerrogativas;

e) o Ministério Público, competindo a impetração, perante os tribunais locais, ao promotor de justiça, quando o ato atacado emanar de juiz de primeiro grau de jurisdição.

Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Têm legitimidade passiva em mandado de segurança:

a) autoridades públicas de quaisquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sejam de que categoria forem e sejam quais forem as funções que exerçam;

b) os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas (incluídas as fundações governamentais com personalidade jurídica de direito público);

c) os dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado, integrantes ou não da administração pública formal, e as pessoas naturais, desde que eles estejam no exercício de atribuições do Poder Público, e somente no que disser respeito a essas atribuições.

Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Em mandado de segurança, em se tratando de atribuição delegada, a autoridade coatora será o agente delegado (que recebeu a atribuição), e não a autoridade delegante (que efetivou a delegação). Desse modo, a competência para o processo e julgamento do mandado de segurança, quando se tratar de ato praticado por autoridade delegada, tendo sido a delegação efetivada no próprio âmbito das entidades políticas - União, estados e municípios -, será do juízo ou tribunal competente para apreciar os atos da autoridade delegada. STF. Súmula 510: "Praticado o ato por autoridade, no exercido de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial." Assim, se Ministro de Estado pratica um ato por delegação recebida do Presidente da República, o tribunal competente para apreciar mandado de segurança impetrado contra tal ato do ministro será o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, 1, "b"), não o Supremo Tribunal Federal (que seria o tribunal competente se o ato tivesse sido praticado pelo próprio Presidente da República, nos termos do art. 102, 1, "d", da Constituição).

Cabe à autoridade coatora a atribuição de prestar as informações ao magistrado, carreando a este elementos e informações que auxiliem na formação de sua convicção sobre o conflito. Com efeito, ao despachar a petição inicial, o juiz ordenará a notificação da autoridade coatora do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações. Além da notificação da autoridade coatora, para que sejam prestadas as informações, o juiz ordenará também que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito.

Desse modo, por exemplo, caso seja impetrado um mandado de segurança em face de ato coator praticado por Delegado da Polícia Federal (autoridade federal), além

da notificação a este para que, no prazo de dez dias, preste as informações, será também dada ciência ao Advogado-Geral da União (representante judicial da União, nos termos do art. 131 da Constituição Federal) para que, querendo, ingresse no processo.

MEDIDA LIMINAR. Ao despachar a inicial, o magistrado apreciará o pedido de medida liminar, e concederá esta, ordenando que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar eventual ressarcimento à pessoa jurídica. Medida liminar é uma ordem judicial proferida prontamente, mediante um juízo sumário, porém precário, ou seja, não definitivo, de plausibilidade das alegações e ele risco de dano de difícil reparação, se houvesse demora na prestação jurisdicional. Os pressupostos de uma liminar, portanto, são a plausibilidade jurídica do pedido (*juris boni juris*) e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação em decorrência da demora na prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*). Presentes esses pressupostos, a medida liminar deve ser concedida, mas isso não impede, de maneira nenhuma, que a decisão judicial definitiva (decisão de mérito), ainda que prolatada pelo mesmo juiz que antes concedeu a liminar, seja contrária ao impetrante, isto é, seja pela improcedência do pedido (ou mesmo que a liminar seja revogada ou cassada ainda antes de ser julgado o mérito da causa). Adernais, a lei passou a facultar ao magistrado a exigência ao impetrante de prestação de caução, fiança ou depósito como condição para a concessão da medida liminar. Essa possibilidade tem recebido duras críticas da doutrina, devido à sua potencialidade de dificultar, ou mesmo impedir ao impetrante, a obtenção dessa medida acauteladora de seu direito, quando não tiver condições econômicas para o cumprimento de tal exigência. Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento. Assegura-se, aqui, prioridade de julgamento àqueles mandados de segurança em que tenha sido deferida a medida liminar, com o fim de evitar que o conflito permaneça regido durante longo período por uma medida precária (medida liminar). Os efeitos da medida liminar persistirão até a prolação da sentença de mérito, salvo se revogada (pelo próprio magistrado que a concedeu) ou cassada (por instância superior).

VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto:

- a) a compensação de créditos tributários;

b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;

c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Observe que é possível que as mencionadas matérias sejam objeto de mandado de segurança e que o pedido formulado seja, ao final, no julgamento de mérito, reconhecido. O que não se permite é que tais providências sejam determinadas em decisão precária, mediante a concessão de medida liminar. Cabe destacar que nessas hipóteses em que é vedada a concessão de medida liminar, caso seja, ulteriormente, no julgamento de mérito, concedida a segurança, não será admitida a execução provisória da sentença concessiva. Por exemplo: é vedada a concessão de medida liminar para determinar o pagamento de vantagem a servidor público; essa medida poderá, porém, ser determinada pelo juiz na sentença de mérito (sentença concessiva da segurança); entretanto, caso a sentença do magistrado de primeiro grau seja concessiva da segurança, determinando o pagamento de vantagem a servidor público, o servidor não poderá executá-la provisoriamente.

PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. O prazo para impetração do mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado (publicação do ato na imprensa oficial, por exemplo). Trata-se, conforme orientação do STF, de prazo decadencial, não passível de suspensão ou interrupção. Nem mesmo o pedido de reconsideração administrativo interrompe a contagem desse prazo. STF, Súmula 430: "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança." Se o ato impugnado é de trato sucessivo (pagamento periódico de vencimentos, prestações mensais de determinado contrato etc.), o prazo de cento e vinte dias renova-se a cada ato. Se o mandado de segurança é do tipo preventivo, não há que se falar em prazo decadencial de cento e vinte dias para sua impetração, porque não há um ato coator apto a marcar o termo inicial de contagem. Uma vez denegado o mandado de segurança, o pedido poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

COMPETÊNCIA. A competência para julgar mandado de segurança é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. Desse modo, se a autoridade coatora é federal e desempenha suas atribuições em Fortaleza - CE, o juízo

competente será a Justiça Federal nessa cidade, seja qual for a matéria discutida. Com efeito, é irrelevante, para fixação da competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, uma vez que é em razão da autoridade coatora da qual emanou o ato dito lesivo que se determina o juízo a que deve ser submetida a ação. Segundo o STF, não lhe cabe julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos praticados por outros tribunais e seus órgãos. STF, Súmula 624: "Não compete ao supremo tribunal federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais." Os próprios tribunais é que têm competência para julgar, originariamente, os mandados de segurança contra os seus atos, os dos respectivos presidentes e os de suas câmaras, turmas ou seções. Assim, mandado de segurança contra ato do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do seu Presidente e de seus órgãos (turmas, seções) será julgado pelo próprio STJ; se o mandado de segurança é contra ato do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do seu Presidente ou de suas Turmas, a competência para o julgamento será do próprio TST, e assim sucessivamente. No âmbito da Justiça Estadual, caberá aos próprios estados-membros cuidar da competência para a apreciação do mandado de segurança contra ato de suas autoridades, por força do art. 125 da Constituição Federal.

RECURSOS. Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto no Código de Processo Civil. Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação. Quando for de tribunal a competência originária para o julgamento de determinado mandado de segurança, caberá agravo -chamado agravo interno ou agravo regimental -, endereçado ao órgão competente do tribunal, em face da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias. Como decorrência dessa disposição, constante do parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009, restou superada a orientação jurisprudencial vazada na Súmula 622 do STF a saber: "Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança."

Indeferido esse pedido de suspensão ou provido o mencionado agravo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada. Não cabe, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes.

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição (reexame necessário). Significa que, no mandado de segurança, a sentença de primeira instância, quando concessiva da ordem, fica sujeita a reexame obrigatório pelo tribunal respectivo. Se a pessoa de direito público vencida não apelar, ou se o seu recurso não for admissível, porque intempestivo, ou por não atender a qualquer formalidade, haverá a remessa dos autos, de ofício, para o tribunal. A obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição, todavia, não impede que a sentença de primeiro grau seja executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar. Ademais, não há duplo grau de jurisdição obrigatório se a decisão foi proferida por tribunal do Poder Judiciário, no uso de competência originária.

PAGAMENTO A SERVIDOR. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. Evita-se, com essa regra, que o mandado de segurança seja utilizado como ação substitutiva de cobrança. Significa dizer que a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período, os quais deverão ser reclamados administrativamente, ou pela via judicial própria. Exemplificando: imagine-se que o Poder Público esteja realizando desconto indevido na remuneração mensal do servidor Antônio desde o mês de dezembro de 2004. Antônio, porém, só ajuizou o mandado de segurança em março de 2005. Em setembro de 2005, é prolatada a sentença, reconhecendo a ilegitimidade de tal desconto. Nessa situação, embora a sentença tenha reconhecido a ilegalidade do ato, a ordem mandamental, em relação aos efeitos pecuniários (descontos indevidamente realizados), somente alcançará as prestações

relativas ao período posterior à impetração (de março a setembro). Os descontos realizados em período anterior ao ajuizamento do writ (dezembro a fevereiro) não serão devolvidos por força da sentença mandamental; deverão ser reclamados na via própria, judicial ou administrativa.

DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não cabe, no processo de mandado de segurança, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios (ônus de sucumbência), sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

DESISTÊNCIA. O mandado de segurança admite desistência em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente do consentimento do impetrado, mesmo que já tenha sido proferida decisão de mérito, desde que, evidentemente, ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. O mandado de segurança coletivo constitui remédio constitucional previsto no art. 5.º, LXX, da Constituição Federal direcionado à defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos, contra ato, omissão ou abuso de poder por parte de autoridade.

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária; ou

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Anote-se que a exigência de um ano de constituição e funcionamento destina-se apenas às associações, não se aplicando às entidades sindicais e entidades de classe. No mandado de segurança coletivo, o interesse invocado pertence a uma categoria, agindo o impetrante - partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação - como substituto processual na relação jurídica. Com efeito, a legitimação das entidades acima enumeradas, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. Não se exige, por isso, a autorização expressa dos titulares do direito, diferentemente do que ocorre no caso do inciso XXI do art. 5.º da Carta Política,

que contempla caso de representação (e não de substituição). Assim, se uma associação pleitear judicialmente determinado direito em favor de seus associados por outra via que não seja a do mandado de segurança coletivo, será necessária a autorização expressa, prescrita no art. 5., XXI, da Constituição (caso de representação). Entretanto, na hipótese de esse mesmo direito vir a ser defendido pela associação por meio do mandado de segurança coletivo, não haverá necessidade da autorização expressa dos associados (caso de substituição).

Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - Coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II. Individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Os partidos políticos podem defender, mediante mandado de segurança coletivo, direitos relativos a seus integrantes ou direitos relacionados à finalidade partidária; a legitimação das demais entidades é mais restrita, uma vez que elas só podem defender direitos dos seus membros ou associados - e desde que esses direitos sejam pertinentes às finalidades da entidade (exigência esta introduzida pela lei, não expressa no texto constitucional). É importante frisar que os direitos defendidos por organização sindical, entidade de classe ou associação não precisa ser um direito de todos os seus membros; pode ser um direito de apenas parte dos membros da entidade.

Assim, o sindicato dos Delegados de Polícia Federal, que congrega servidores ativos e inativos, poderá ajuizar um mandado de segurança coletivo na defesa de interesse exclusivo dos Delegados inativos (parte da categoria, portanto). No caso de mandado de segurança coletivo impetrado contra autoridade vinculada a pessoa jurídica de direito público, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Por fim, vale observar que o mandado de segurança coletivo não é sucedâneo da ação popular.

Com efeito, o mandado de segurança coletivo deve defender direito subjetivo, líquido e certo, que, embora seja tutelado coletivamente, é de titularidade definida - o direito tutelado, seja um direito coletivo, seja um direito individual homogêneo, é de titularidade dos substituídos processuais, significa dizer, das pessoas determinadas cujos interesses o autor da ação, na qualidade de substituto processual, está defendendo. A ação popular, diversamente, visa a anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, independentemente de o ato impugnado ocasionar lesão direta a quem quer que seja. Os direitos defendidos mediante ação popular pertencem, em regra, a titulares indeterminados, isto é, são direitos difusos, os quais não foram contemplados na Lei 12.016/2009 para tutela mediante mandado de segurança coletivo.

SÚMULAS MANDADO DE SEGURANÇA – STF:

Súmula 101: O mandado de segurança não substitui a ação popular.

Súmula 266: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Súmula 267: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Súmula 268: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Súmula 269: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Súmula 304: Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.

Súmula 405: Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Súmula 429: A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

Súmula 430: Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.

Súmula 474: Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Súmula 512: Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Súmula 597: Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação.

5.2 AÇÃO POPULAR – ARTIGO 5., LXXIII.

A Carta da República, valorizando a participação popular no controle da gestão da coisa pública, que deve ser pautada pelos princípios constitucionais administrativos da legalidade e moralidade.

A ação popular não é ação destinada à defesa de interesse subjetivo individual, mas sim de natureza coletiva, visando a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Destina-se, assim, à concretização do princípio republicano, que impõe ao administrador público o dever de prestar contas a respeito da gestão da coisa pública. Enfim, é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou figuras jurídicas a estes equiparadas - ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou das respectivas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

A ação poderá ser utilizada de modo preventivo ou repressivo. Será preventiva quando visar a impedir a consumação de um ato lesivo ao patrimônio público, quando for ajuizada antes da prática do ato ilegal ou imoral. Será repressiva quando já há um dano causado ao patrimônio público, ou seja, quando a ação é proposta após a ocorrência da lesão. Somente o cidadão pode propor ação popular. O autor da ação popular é a pessoa humana, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos, isto é, que seja eleitor (possível a partir dos dezesseis anos de idade, portanto).

Somente a pessoa natural possuidora de título de eleitor, no gozo da chamada capacidade eleitoral ativa, poderá propor ação popular. Poderá, então, ser o brasileiro - nato ou naturalizado -, desde que no gozo de seus direitos políticos. Em tese, seria

possível, também, ao português equiparado ao brasileiro naturalizado propor ação popular, caso houvesse reciprocidade por parte de Portugal (CF, art. 12, § 1.º). Na prática, contudo, nos dias atuais, essa possibilidade inexiste, porque, em face de vedação contida na Constituição portuguesa, não há possibilidade de ser atendida a exigência de reciprocidade. Não poderá, portanto, ser ajuizada ação popular por pessoa jurídica; pelo Ministério Público; pelos inalistados (indivíduos que poderiam ter se alistado, mas não o fizeram); pelos inalistáveis (aqueles que não podem alistar-se como eleitores, a saber: os menores de dezesseis anos; os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório); pelos estrangeiros, ressalvada a hipótese do português equiparado a brasileiro naturalizado, nos termos do art. 12, § 1.º, da CF/1988. Na sujeição passiva de ação popular devem figurar:

a) todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato ou contrato a ser anulado;

b) todas as autoridades, os funcionários e administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato a ser anulado, ou que, por omissos, permitiram a lesão;

c) todos os beneficiários diretos do ato ou contrato ilegal.

O Ministério Público atuará na ação popular como parte pública autônoma, incumbindo-lhe, nesse papel, velar pela regularidade do processo e correta aplicação da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação. Além disso, poderá atuar como substituto e sucessor do autor, na hipótese de este se omitir ou abandonar a ação, caso repute de interesse público o seu prosseguimento, até o julgamento. Ainda, caberá ao Ministério Público promover a responsabilização dos réus, se for o caso, na esfera civil ou criminal.

A Constituição Federal isenta o autor da ação popular de custas e de ônus de sucumbência (honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação), salvo comprovada má-fé. A gratuidade beneficia o autor da ação, e não os réus; se julgada procedente a ação popular, serão estes condenados ao ressarcimento das despesas havidas pelo autor da ação.

OBJETO. O âmbito de proteção da ação popular, na vigente Constituição, é bastante amplo: abrange tanto o patrimônio material quanto o patrimônio moral, o

estético, o histórico, o ambiental. A sentença em ação popular é de natureza tipicamente civil, não comportando condenação de índole política, administrativa ou criminal. Se a ação popular for julgada improcedente, a sentença estará sujeita ao duplo grau de jurisdição (reexame necessário). O cabimento de ação popular não exige a comprovação de efetivo dano material, pecuniário; ainda que não comprovada a efetiva ocorrência de dano material, a ilegalidade do ato já poderá ser reprimida na via da ação popular. Segundo entendimento do STF, "a lesividade decorre da ilegalidade; a ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano" (RT 162/59).

Em verdade, a finalidade constitucional da ação popular vai muito além da mera anulação de atos lesivos ao patrimônio público material, de índole meramente pecuniária. Seu âmbito de proteção alcança também valores não econômicos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, desde que haja uma ilegalidade no agir do Poder Público.

Assim, tem sido comum a utilização da ação popular para:

(a) anulação de concessão de aumento abusivo de subsídios dos vereadores pela respectiva câmara municipal;

(b) anulação de venda fraudulenta de bem público;

(c) anulação de contratação superfaturada de obras e serviços;

(d) anulação de edital de licitação pública que apresente flagrante favoritismo a determinada empresa;

(e) anulação de isenção fiscal concedida ilegalmente;

(f) anulação de autorização de desmatamento em área protegida pelo patrimônio ambiental;

(g) anulação de nomeação fraudulenta de servidores para cargo público etc. Ademais, a ação popular constitui meio idôneo para a fiscalização, na via incidental, da constitucionalidade das leis.

Entretanto, é firme a jurisprudência do STF no sentido de que a ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade - ADI, por não se prestar ao ataque de lei em tese. Isso porque, segundo a Corte, o julgamento de lei em

tese, em ação popular, por juiz de primeiro grau, implicaria usurpação da competência do STF para o controle abstrato, acarretando a nulidade do respectivo processo.

Da mesma forma, mandado de segurança não substitui ação popular. Com efeito, cada um desses remédios tem objeto próprio e específico: o mandado de segurança presta-se a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito subjetivo, individual ou coletivo, líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos ao patrimônio público; enfim, pela via do mandado de segurança, defende-se direito subjetivo próprio; por meio da ação popular, protege-se o interesse da comunidade. Segundo orientação do STF, não cabe ação popular contra ato de conteúdo jurisdicional, praticado por membro do Poder Judiciário no desempenho de sua função típica (decisões judiciais).

Assim, ainda que a sentença de um magistrado cause danos, por exemplo, ao meio ambiente, esse ato não poderá ser atacado na via da ação popular; deverá ser atacado na via recursal própria, prevista nas leis processuais, se a decisão ainda não transitou em julgado; ou, dentro do prazo, mediante ação rescisória, se a decisão já transitou em julgado. Em face desse entendimento do STF, temos que a ação popular se restringe, quanto ao seu âmbito de incidência, à esfera de atuação administrativa de qualquer dos Poderes do Estado, abrangendo, apenas, os atos administrativos, os contratos administrativos, os fatos administrativos e as resoluções que veiculem conteúdo materialmente administrativo.

Por fim, cabe destacar que a sentença que julga improcedente a ação popular está sujeita ao duplo grau de jurisdição, vale dizer, a decisão do magistrado que declara a improcedência da ação popular será necessariamente reexaminada pelo tribunal competente. Trata-se, como se vê, de um reforço garantidor do controle dos atos alegadamente lesivos à coisa pública. Com efeito, não basta o magistrado de primeiro grau afirmar que o ato não foi lesivo; é obrigatório que um tribunal reexamine a questão e confirme que, realmente, não cabe a anulação do ato impugnado.

COMPETÊNCIA. A competência para processar e julgar a ação popular é definida pela origem do ato a ser anulado:

a) se o ato impugnado foi praticado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de órgão da União e de suas entidades ou entidades por ela

subvencionadas, a competência será do juiz federal da seção judiciária em que se consumou o ato;

b) se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade de estado-membro, ou entidade por ele subvencionada, a competência será do juiz estadual que a organização judiciária do estado indicar;

c) se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade de município, ou entidade por ele subvencionada, a competência será do juiz estadual da comarca a que o município interessado pertencer, de acordo com a organização judiciária do respectivo estado;

d) se a ação interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União (Justiça Federal).

Ademais, o juízo da ação popular é universal, impondo-se a reunião de todas as ações conexas, com fundamentos jurídicos iguais ou assemelhados. Assim, a propositura da ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. Segundo orientação do STF, o foro especial por prerrogativa de função não alcança as ações populares ajuizadas contra as autoridades detentoras dessa prerrogativa. Significa dizer que os tribunais do Poder Judiciário (STF, STJ, TJ etc.) não têm competência originária para o julgamento de ação popular, ainda quando proposta contra atos de autoridades que dispõem de foro por prerrogativa de função perante tais tribunais (Presidente da República, congressistas, governador de estado, prefeito etc.). Cabe ao STF, porém, o julgamento de ação popular na qual, pela sua natureza peculiar, a decisão puder criar um conflito entre um estado-membro e a União, por força do comando previsto no art. 102, I, "f", da Carta da República.

5.3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

INTRODUÇÃO.

A ação civil pública encontra-se expressamente prevista no art. 129, III, da Constituição de 1988, como uma relevante função institucional do Ministério Público. Não se trata de ação de titularidade exclusiva desse órgão, entretanto, haja vista que a própria Carta Política, no § 1.º do mesmo dispositivo, estatui que "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros,

nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei". A rigor, a ação civil pública não é um instrumento destinado especificamente ao controle da administração pública, mas costuma ser estudada, em linhas gerais, no âmbito do direito administrativo, porque é possível que no seu polo passivo figure o Poder Público. Com efeito, nos termos da Constituição Federal, visa a ação civil pública à "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Logo, sempre que o responsável pelo dano ou ameaça de dano a um dos bens jurídicos tutelados for a administração pública, poderá a ação civil pública representar 1,1m meio de controle de sua atuação (ou omissão). O Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, com a maestria habitual, ensina que:

A ação civil pública -a que alude o art. 129, III, da Constituição, reportando à competência do Ministério Público para promovê-la - é um instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então, para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens.

BENS JURÍDICOS TUTELADOS.

Conforme anteriormente exposto, o inciso III do art. 129 da Constituição de 1988 estabelece como escopo da ação civil pública a "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Sobre esse ponto, merece transcrição este trecho, de lavra da Prof.^a Maria Sylvia Di Pietro:

Com a expressão interesse difuso ou coletivo, constante do art. 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão interesse coletivo não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral.

A disciplina legal da ação civil pública está vazada na Lei 7.347/1985. O art. 1.º da lei dispõe acerca da abrangência da ação civil pública, quanto aos bens jurídicos tutelados, nestes termos:

Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social. É importante observar que a lista acima reproduzida é meramente exemplificativa. Tal asserção é confirmada pelo inciso IV do artigo transcrito, e, sobretudo, pelo próprio texto da Constituição de 1988, que prescreve a utilização da ação civil pública, genericamente, para a proteção "de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III).

A nosso ver, qualquer interesse difuso ou coletivo pode ser tutelado pela ação civil pública - desde que realmente se trate de um interesse difuso ou coletivo -, independentemente de estar discriminado de forma explícita no rol do art. 1.º da Lei 7.347/1985. A bem da verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o uso da ação civil pública para a tutela de interesses individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

Um interesse individual homogêneo caracteriza-se por ser divisível, individualizável, porém com urna origem comum, alcançando uniformemente os integrantes de um determinado grupo social. Quando um interesse individual homogêneo transcende os meros interesses dos indivíduos envolvidos, alcançando relevância social, passa a ser possível a sua tutela coletiva por meio da ação civil pública. Nessa linha, em várias ocasiões, asseverou nosso Tribunal Maior que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.

Seria exemplo uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra aumentos abusivos de mensalidades escolares praticados por instituições de ensino. Estão expressamente excluídos da proteção da lei de ação civil pública, entretanto, determinados interesses individuais homogêneos, como os relacionados à exigência de tributos. Deveras, nos termos do parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.347/1985, "não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados".

É importante frisar que o conteúdo desse preceito legal está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual não pode a ação civil pública ser utilizada para impugnar tributos, ou para pleitear a restituição de pretensos indébitos a eles relacionados, sob alegação de invalidade da lei ou dos atos normativos que os instituíram ou regulamentaram a sua exigência. Conforme diversas vezes deixou consignado nossa Corte Suprema - inclusive com repercussão geral -, não tem o Ministério Público legitimidade ativa ad causam para, em ação civil pública, deduzir pretensão de natureza tributária em defesa de contribuintes, com o fim de questionar a constitucionalidade de tributo ou a legalidade de sua exigência, ou, ainda, de pleitear a restituição dos valores pagos, alegadamente indevidos.

Ao lado dessa orientação, deve-se anotar que o STF entende que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando a impugnar a validade de concessão de benefício fiscal, ainda que de natureza tributária, quando evidenciada a possibilidade de prejuízo ao erário do ente federado que o concedeu.

Na dicção de nosso Tribunal Constitucional, "o Ministério Público é parte legítima para questionar, em sede de ação civil pública, a validade de benefício fiscal concedido pelo estado a determinada empresa".⁴⁵ Para o Pretório Supremo, não se aplica a essas situações o parágrafo único do art. 1.º da Lei 7.347/1985, uma vez que a concessão de benefício fiscal, se indevida, configura ato deletério ao erário, cuja integridade é do interesse de todos os indivíduos (metaindividual).

Assim, é possível questioná-la mediante ação civil pública, não obstante seja individualizado o destinatário do ato concessivo. Afinal, o Ministério Público, ao impugnar judicialmente a concessão do benefício fiscal, sob alegação de que foi inválida, não está protegendo direito de determinado contribuinte, e sim agindo em defesa do patrimônio público, na forma preconizada pelo art. 129, III, da Constituição Federal.

É importante observar que a jurisprudência de nossa Corte Suprema não admite a utilização da ação civil pública, seja qual for a matéria versada, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis e atos normativos. A ação civil pública não se presta ao controle abstrato de normas, em substituição à ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal pelos juízos inferiores.

Cabe ressaltar, entretanto, que é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique como objeto único ou pedido principal da demanda, e sim como simples questão prejudicial, indispensável para a solução do litígio principal. Esse controle incidental em sede de ação civil pública, como em outras ações, pode ter por objeto leis federais, estaduais, distritais ou municipais.

Por fim, é oportuno registrar que a ação civil pública é utilizada para apurar e sancionar os atos de improbidade administrativa. Mais precisamente, a ação judicial prevista na Lei 8.429/1992 - que descreve e sanciona os atos de improbidade administrativa - tem sido considerada uma espécie de ação civil pública, o que acarreta a aplicação, àquela ação judicial, das disposições da Lei 7.347/1985, naquilo em que a Lei 8.429/1992 for omissa, e desde que não se verifique incompatibilidade.

OBJETO.

A ação civil pública visa a apurar responsabilidade por danos morais ou patrimoniais causados aos bens jurídicos por ela tutelados. Mais precisamente, a ação pode ter finalidade preventiva ou repressiva, isto é, pode ter por escopo evitar uma lesão, ou, se já ocorrida, repará-la (se possível) e responsabilizar os que a ocasionaram, por ação ou omissão. A Lei 7.347/1985 refere-se a uma ação cautelar e a uma ação principal (arts. 4.0 e 5.0). A ação cautelar, evidentemente, só pode ter finalidade preventiva. Seja cautelar ou principal a ação, admite-se a concessão de liminar, nos termos do art. 12 da lei, abaixo transcrito:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1.0 A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato. § 2.º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o desde o cumprimento.

É importante registrar que, nos termos do art. 2. da Lei 8.437/1992, a liminar, se cabível, somente será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, que deverá se manifestar no prazo de setenta e duas horas. O objeto do pedido pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3.º). No caso de condenação em dinheiro (perdas e danos), "a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados" (art. 13).

Na hipótese de acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica, a prestação em dinheiro reverterá diretamente a esse fundo e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente (art. 13, § 2.º). Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária (art. 13, § 1.º).

Se o conteúdo da decisão judicial for a imposição de uma obrigação de fazer ou não fazer, "o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor" (art. II). Vale frisar que o ajuizamento da ação civil pública não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, nem gera litispendência.

SUJEITOS.

Os legitimados ativos na ação civil pública estão enumerados no seu art. 5., abaixo reproduzido:

Art. 5.º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I. o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, estipulando cominações (multa diária, por exemplo) para o caso de descumprimento. O compromisso de ajustamento de conduta tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5.º, § 6.).

O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5.º, § 1.º). Admite-se a formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos estados-membros na defesa dos interesses e direitos de que trata a Lei 7.347/1985 (art. 5.0, § 5.0). É facultado ao Poder Público e às associações legitimadas habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6.).

Evidentemente, o Ministério Público pode atuar de ofício, ou seja, sem necessidade de provocação. A fim de apurar e reunir elementos para o ajuizamento da ação civil pública, poderá o Ministério Público instaurar um inquérito civil (procedimento de sua competência exclusiva). Essa medida, entretanto, não é obrigatória, ou seja, a ação pode ser proposta diretamente quando, mesmo sem um inquérito civil prévio, já houver elementos suficientes para justificá-la. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis (art. 7.).

Como sujeito passivo na ação civil pública pode figurar qualquer pessoa que tenha ocasionado lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos passíveis de serem tutelados pela referida ação. Isso inclui pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas, inclusive os entes federados e as entidades da administração pública indireta.

ASPECTOS PROCESSUAIS, DECISÃO JUDICIAL E EXECUÇÃO DA SENTENÇA.

Na ação civil pública não há adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (art. 18). Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos (art. 17).

A competência para processar e julgar a ação é determinada pelo local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Da mesma forma que ocorre na ação popular, não existe foro especial por prerrogativa de função nas ações civis públicas, como há, para determinadas autoridades, nas ações penais. Desse modo, a ação civil pública deverá ser proposta e julgada originariamente nos juízos de primeira instância ordinários estaduais, a menos que o ato lesivo (ou omissão que ocasionou o dano) seja imputado a pessoa jurídica que tenha foro na Justiça Federal (CF, art. 109), hipótese em que a ação deve ser proposta no correspondente juízo federal de primeira instância.

A sentença proferida na ação civil pública faz coisa julgada com eficácia geral (*erga omnes*), em todo o território de jurisdição do juiz prolator da sentença, conforme sua competência territorial, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16). O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte (art. 14). Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados (art. 15).

DIFERENÇAS ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR.

Embora sejam ações de natureza coletiva, e possa ocorrer de um mesmo fato ensejar, concomitantemente, a propositura de ação popular e o ajuizamento de ação civil pública, as finalidades precípua dessas ações são distintas, além de haver outras diferenças, conforme passamos a examinar.

A primeira diz respeito à **legitimidade ativa**. Na ação popular a legitimidade ativa ad causam é outorgada, privativamente, ao cidadão. Na ação civil pública, a legitimação é atribuída ao Ministério Público, à Defensoria Pública, aos entes federados, às entidades da administração indireta e a associações que atuem na defesa dos bens jurídicos por esta ação tutelados.

A segunda diferença reside no **pedido principal**. O pedido principal na ação popular deve ser a anulação de um ato que ocasione lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos por ela tutelados. O pedido principal na ação civil pública deve ser o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer ou a condenação em dinheiro do responsável por uma lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos por ela tutelados.

Abrimos um parêntese para registrar que, embora o conteúdo do pedido principal seja uniformemente apontado pela doutrina como um elemento de distinção entre as duas ações, a verdade é que a legislação posterior à Lei 7.347/1985 passou a prever a possibilidade de ser pedida a anulação de atos e negócios jurídicos por meio da ação civil pública. Dois importantes exemplos, coligidos pelo Prof. José dos Santos Carvalho Filho, temos no art. 51, § 4.º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e no art. 25, IV, "b", da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Mesmo fora dos casos expressamente previstos na legislação, tem sido aceito pelos nossos tribunais, inclusive pelo STF, o uso da ação civil pública para o fim de anular atos ou negócios jurídicos, públicos e privados. Não obstante essa constatação, continua sendo apontado pela doutrina, como critério teórico de distinção entre a ação popular e a ação civil pública, o objeto do pedido principal, conforme exposto no parágrafo anterior. A terceira diferença diz respeito à natureza da sentença proferida pelo magistrado.

Na ação popular, a sentença é preponderantemente desconstitutiva (anula o ato lesivo) e apenas subsidiariamente condenatória, porquanto o dever de reparar o dano só surge com a desconstituição do ato ou contrato impugnado. Note-se que o art. 11 da Lei

4. 717/1965 estabelece que a sentença que julgue procedente a ação popular e anule o ato impugnado condenará em perdas e danos os responsáveis. Por outras palavras, o conteúdo principal da sentença é julgar procedente a ação e anular o ato - essa é a tutela precipuamente requerida pelo autor da ação. Entretanto, ainda que o objeto do pedido principal seja apenas a anulação do ato lesivo, a sentença que julgar procedente a ação será desconstitutiva (anula o ato lesivo), preponderantemente, mas, subsidiariamente, será também condenatória (desde que, no processo, tenha restado comprovada a culpa dos responsáveis pelo ato lesivo anulado). Na ação civil pública, a sentença é preponderantemente condenatória (condenação em dinheiro) ou mandamental (obrigação de fazer ou não fazer).

Em regra, a sentença não tem natureza desconstitutiva (não anula algum ato), até porque, na maioria das vezes, o desfazimento do dano causado não é possível (a poluição de um rio, com a consequente morte de milhares de peixes e outros animais aquáticos, por exemplo, não pode ser desfeita). Observe-se que essa é uma regra geral, haja vista a ressalva feita acima, relativa à existência de previsão legal e à aceitação jurisprudencial do uso da ação civil pública visando à anulação de atos e negócios jurídicos. Enfim, em razão dessas diferenças - e também por expressa previsão da Lei 7.347/1985 (art. 1.0, caput) -, pode haver a concomitância de ação popular e ação civil pública relativamente ao mesmo fato.

Vale dizer, a propositura de ação civil pública não exclui a de ação popular - nem o cabimento desta exclui o daquela. Corroborando o que foi dito no parágrafo anterior, vem a propósito trazer à baila um importante julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se discutiu a possibilidade de o Ministério Público estadual ajuizar ação civil pública em defesa do patrimônio público municipal, com o fim de anular um contrato de compra e venda concernente a imóvel do município e condenar o agente público responsável ao ressarcimento de alegados prejuízos que sua atuação teria causado ao erário.

No julgamento em questão, dois ministros do STF defenderam a tese de que não seria cabível a utilização da ação civil pública, sob o argumento principal de que o caso configurava objeto típico de ação popular. A maioria da Corte Suprema, entretanto, entendeu que "o Ministério Público está legitimado para ajuizar ações civis públicas para a proteção do patrimônio público, podendo postular, inclusive, a reparação direta

do dano eventualmente causado a ente da Administração Pública" (RE 225.777/MG, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 24.02.2011; vide Informativo 617 do STF).

5.4 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

OBJETO DA UNIDADE II.

6. CONTROLE SOCIAL.

Para cumprir as suas obrigações e implementar as políticas públicas necessárias ao desenvolvimento da sociedade, o Estado necessita de dinheiro, com o que desenvolve uma atividade financeira, que consiste em obter, gerir e aplicar os recursos arrecadados.

Uma vez que é o detentor singular do poder de gestão da coisa pública, o cidadão tem o direito de ver seus recursos aplicados de forma correta, sem qualquer espécie de irregularidade. Todavia, somente através de um controle social efetivo é possível garantir a adequada gestão de tais recursos.

Nos últimos anos, o fluxo de diretrizes do Estado deixou de ser meramente burocrático, para atingir o nível democrático, no qual as ordens partem de baixo para cima e não de cima para baixo (Rocha, 1995).

Assim, ao estabelecer os critérios para caracterização de todo e qualquer processo democrático é indispensável a existência de controle da Administração Pública pela comunidade: “Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento” (Dahl, 2001).

Atualmente, podemos verificar que os poderes instituídos e os Tribunais de Contas não são capazes de controlar sozinhos os atos dos gestores públicos. Neste contexto, o controle social apresenta-se como uma forma de controle possivelmente eficaz e que traz qualidade aos serviços públicos, uma vez que a decisão do povo é soberana em uma democracia.

ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO CONTROLE SOCIAL. Ao longo do século XX, muitas foram as experiências e tentativas de reforma estatal

implementadas em grande escala, visando transformar certas características da organização e do funcionamento do aparelho de Estado, a fim de dotá-lo de maior eficiência e eficácia e, mais recentemente, também de efetividade, pelo menos no nível da retórica (Oszlak, 1999).

Segundo Bresser (1996), após a II Guerra Mundial há uma reafirmação dos valores burocráticos, mas, ao mesmo tempo, a influência da administração de empresas começa a se fazer sentir na gestão pública. As ideias de descentralização e de flexibilização administrativa ganham espaço em todos os governos. Entretanto, a reforma da administração pública só ganhará força a partir dos anos 70, quando tem início a crise do Estado, que levará à crise também a sua burocracia. Em consequência, nos anos de 1980, inicia-se uma grande revolução na administração pública dos países centrais em direção a uma administração pública gerencial.

O autor argumenta, ainda, que aos poucos se foram delineando os contornos da nova administração pública:

- a) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
- b) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
- c) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal;
- d) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;
- e) controle por resultados, *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e

Os objetivos dos dirigentes que implementaram reformas foram de um modo geral, reduzir a burocracia, reafirmar o controle político, revitalizar a “máquina administrativa”, mudar os padrões de oferta de serviços e introduzir uma nova filosofia gerencial de economicidade de recursos, de eficiência e de controle de dispêndios (Gray e Jenkins, 1995; Self, 1993).

O monitoramento do desempenho e a avaliação constituem parte indispensável da gestão pública moderna, bem como a implementação de orçamentos por resultados e da fixação de metas, contratos e ajustes para controlar a execução dos gastos e a prestação dos serviços públicos.

Com a Reforma Gerencial, passou-se a pregar a utilização de novas formas de responsabilização dos agentes públicos, através do controle pelos resultados e do controle social de políticas públicas, no qual a responsabilidade pelas decisões políticas passa a ser dividida entre governantes e sociedade.

Por controle social, segundo o Dicionário de Política de Bobbio, Mateucci e Pasquino (2004, pág. 283), se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos, quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social, a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

Na cartilha “Controle Social” (CGU, 2008, pág. 16), do Programa Olho vivo no dinheiro público da Controladoria-Geral da União (CGU), encontra-se a seguinte definição:

“Controle Social pode ser entendido como a participação do cidadão na gestão pública, na fiscalização, no monitoramento e no controle das ações da Administração Pública. Trata-se de importante mecanismo de prevenção da corrupção e de fortalecimento da cidadania”. (CGU, 2008, pág. 16)

Pedrini, Adams e Silva, afirmam que o Controle social relaciona-se intimamente com o processo e resultado da mobilização da sociedade na luta pela garantia dos direitos humanos e sociais. Por essa visão, os setores da sociedade que assumem a perspectiva emancipadora necessitam enfrentar as forças que a eles são tendencialmente opostas na sociedade capitalista: o mercado, e, em tese, o Estado dominado e dirigido pelos detentores do capital (Pedrini; Adams; Silva, 2007, pág. 225).

Para Streck e Adams (2006 apud Pedrini; Adams; Silva, 2007), controle social pressupõe corresponsabilidade com a “coisa pública” onde haja formulação conjunta de objetivos e metas com justiça social. Numa perspectiva mais republicana, a participação social acontece de forma permanente, onde o indivíduo está inserido numa comunidade.

Conforme a Cartilha “Controle Social” (CGU, 2008, pág. 16), da CGU:

“[...] tendo em vista a complexidade das estruturas político-sociais de um país e do próprio fenômeno da corrupção, o controle da Administração Pública não se deve restringir ao controle institucional. É fundamental para toda a coletividade que ocorra a participação dos cidadãos e da sociedade organizada no controle do gasto público, monitorando permanentemente as ações governamentais e exigindo o uso adequado dos recursos arrecadados.” (CGU, 2008, pág. 16)

Segundo Fressz (2006 apud Spinelli, 2008, pág. 27), o controle social pode ser realizado de duas formas:

a) **Forma Direta:** quando exercido pelo cidadão ou grupo social sem a participação ou interveniência de órgão ou entidade pública. Os meios de comunicação são um bom exemplo de eficiência no controle social direto, pois denunciam o fato e “cobram” do Poder Público competente a sua plena apuração. Casos de desvio de dinheiro público, de nepotismo, de tráfico de influências e de corrupção, não detectados por órgãos de controle, vieram à tona com a divulgação dos fatos pela imprensa.

b) **Forma Indireta:** quando exercido pela população por meio de mecanismos ou instituições colocados à sua disposição. Um exemplo de controle social indireto são os Conselhos Municipais de Políticas Públicas, criados para acompanhar a execução dos recursos federais repassados ao município. Outro exemplo seria uma denúncia formulada por um cidadão ao Ministério Público.

ACCOUNTABILITY. Segundo Ricardo Ceneviva (2006), ideia de *accountability* está presente hoje em diversas áreas das ciências sociais: desde a administração de empresas até a educação, passando pela administração pública e a ciência política. Entretanto, uma rápida revisão dos trabalhos produzidos revela que a definição do conceito ainda carece de consenso quanto a seu significado e de uma clara delimitação teórica. Percebe-se que a definição tende a variar acentuadamente não apenas de autor para autor, mas também conforme a tradição disciplinar, na qual o trabalho se insere.

Accountability é uma palavra de origem inglesa, que significa responsabilidade, cuja acepção original, diz respeito “al cumplimiento de una obligación del funcionario

público de rendir cuentas, sea a um organismo de control, al parlamento o a la sociedad misma” (Clad, 2000, pág. 329).

Segundo Rizzo (2010), embora o vocábulo *accountability* não possua um equivalente preciso em Língua Portuguesa, podemos conceituá-lo, no campo das ciências sociais, como responsabilização, ou seja, que remete para dimensões semelhantes à prestação de contas, responsabilidade social, verificação da qualidade de serviço prestado, responsabilidade eleitoral etc. Qualquer que seja o sentido com que o termo for empregado, no entanto, deve trazer ínsita a possibilidade de sanção. A prestação de contas, por exemplo, somente dará oportunidade à *accountability* se ela for feita com a finalidade de prevenir responsabilidades.

Guillermo O’Donnell (1998) enfatiza duas vertentes da *accountability*: uma é aquela denominada *accountability* vertical, que pressupõe uma ação entre desiguais, seja sob a forma do mecanismo do voto (controle de baixo para cima) ou sob a forma do controle burocrático (de cima para baixo).

O *accountability* vertical ocorre quando os cidadãos controlam os políticos e governos através de plebiscito, referendo e voto, ou mediante o exercício do controle social. Além disso, refere-se à “transparência das gestões em relação aos eleitores que podem assim fiscalizá-las e puni-las, principalmente através do voto em eleições livres e justas” (Marcelo Amaral, 2007).

A outra vertente apresentada por O’Donnell (1998) é a noção de *accountability* horizontal que pressupõe uma relação entre iguais, por meio de mecanismos de *checks and balances*, da mútua vigilância entre os três poderes, autônomos, do Estado.

São instrumentos de exercício do *accountability* horizontal: o sistema de freios e contrapesos estabelecidos na constituição; a atuação do Ministério Público; os Tribunais de Contas, as Controladorias Gerais e Agências Fiscalizadoras; as Ouvidorias públicas; os Partidos políticos. Há autores que também incluem a imprensa em geral.

O conceito de *accountability* é ampliado para *accountability* societal, que segundo Peruzzotti e Smulovitz (2000), é um mecanismo de controle não eleitoral, que se utiliza de ferramentas institucionais e não institucionais, tais como: ações legais, participação em instâncias de monitoramento, denúncias, entre outras, baseadas em ações de múltiplas associações de cidadãos, movimentos sociais, entre outros, com o

propósito de expor as faltas da Administração Pública, bem como trazer novas questões para agenda pública ou influenciar a direção da política pública.

O *accountability* é um instrumento eficiente para aprimorar os serviços públicos e desenvolver a capacidade do Estado em responder as demandas dos cidadãos. Adotar mecanismos de controle social como forma de *accountability* fortalece o espaço público e estimula o engajamento cívico dos grupos organizados da sociedade ampliando a qualidade dos canais de participação da sociedade civil na esfera pública e a consciência republicana (Bresser Pereira e Grau, 2006, pág. 47).

OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DEMOCRATIZADORES DO CONTROLE SOCIAL. Preliminarmente, cabe registrar que não trataremos aqui dos órgãos institucionais de controle, interno e externo, instituídos e responsáveis formal e legalmente pelo controle da Administração Pública, tais como, Ministério Público, Tribunais de Contas e Controladoria Geral da União. Também não serão abordados os instrumentos processuais utilizados para o exercício do controle, tais como, mandado de segurança e ação popular.

Dessa forma, faremos, neste item, apenas uma avaliação normativamente delimitada das audiências públicas e do orçamento participativo como mecanismos democratizadores do controle social no Brasil.

Audiência Pública

A Audiência Pública refere-se a um espaço institucional para todos aqueles que tenham um interesse ou sejam afetados pelas ações governamentais, possam participar do processo de tomada de decisão da autoridade, expressando sua opinião sobre as questões discutidas. A audiência pública pode ser opcional, obrigatória ou a pedido dos cidadãos.

A Constituição Federal Brasileira também não prevê e nem proíbe em seus artigos a audiência pública. Todavia, nas leis ordinárias, há inúmeras previsões sobre a utilização da audiência pública, a exemplo dos seguintes dispositivos:

a) Artigo 39, da Lei n.º 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos), que prevê a realização de audiência pública em casos de projetos que seja superior em cem vezes ao valor da concorrência pública;

b) Artigo 225, da Lei n.º 6.938/81, que instituiu o Conselho Nacional do Meio Ambiente, autorizando a convocação de entidades privadas para atuar informativamente na apreciação de estudos de impacto ambiental;

c) Artigo 32, da Lei n.º 9.784/99 (do Processo Administrativo), prevê a possibilidade de audiência pública para debates sobre a matéria objeto de processo administrativo, antes da tomada de decisão, sempre haja relevância da questão, a juízo da autoridade.

Orçamento Participativo

O orçamento participativo é um espaço aberto aos cidadãos no processo de tomada de decisão pública, permitindo-lhes analisar e opinar sobre a aplicação dos recursos públicos e controlar as prestações de contas.

Para implementar o orçamento participativo se requer cinco níveis de participação:

a) divulgação de informações para todos os intervenientes no processo é um insumo fundamental para a geração de confiança e legitimidade do processo;

b) uma opinião pertinente, alimentada pela informação relevante e exposição de ponto de vista próprio;

c) existência de uma decisão no sentido de definir a priorização ou realocação dos recursos;

d) a fase de discussão e negociação entre o município e a comunidade;

e) eleição dos delegados e conselheiros, uma vez que são os porta-vozes dos interesses das comunidades.

Segundo Ossian (2010), adotado inicialmente de modo voluntário, o orçamento participativo, mesmo ainda com um baixo índice de aceitação no conjunto dos municípios brasileiros, se legitimou pelas experiências exitosas em grande parte das cidades em que foi utilizado.

O orçamento participativo possui regulamentação na legislação esparsa, conforme exemplos abaixo:

a) Lei n.º 10.257, de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade), conforme descrito abaixo:

“Art. 4.º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

III – planejamento municipal, em especial:

[...]

f) gestão orçamentária participativa.

b) Lei Complementar n.º 101, de 4/5/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), conforme descrito abaixo:

[...]

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar n.º 131, de 2009).

DIFICULTADORES DO CONTROLE SOCIAL. São inúmeros os fatores que dificultam a concretização do controle social, questões culturais, falta de transparência das informações, nível de educação etc. Trataremos neste item dos principais dificultadores do controle social.

Falta de Cultura Fiscalizadora. O modelo de Estado que foi construído ao longo da história dos países da América Latina sempre foi patrimonialista e elitista, descartando qualquer possibilidade de controle social.

Existe necessidade de superação de uma cultura política autoritária, que historicamente marcou as relações de poder. Muitos governos concordam, em princípio, com a participação, mas, na prática, agem sem levá-la em consideração. O mesmo vale para a população, que muitas vezes requer a participação, mas, na prática, fica esperando um governante que resolva tudo, sem que precise se envolver muito com as questões.

Para melhorar a questão, faz-se necessário um processo educacional evolutivo, que não se concretizará na noite para o dia, mas sim de forma gradativa em um processo de longo prazo.

Além disso, a população precisa conhecer adequadamente as informações disponibilizadas pelo Estado, avaliando com visão crítica e se organizando de forma coordenada para que o controle possa ser adequadamente desenvolvido. Todavia, ainda falta um maior reconhecimento de que o controle social é um direito de todos em uma sociedade verdadeiramente democrática.

Acessibilidade e insuficiente transparência das informações públicas. É reconhecível a evolução do processo de divulgação das informações públicas no Brasil, até mesmo porque a legislação brasileira tem incentivado que todos os dados das contas públicas sejam divulgados periodicamente.

Ocorre que o grau de complexidade das informações disponibilizadas e a dificuldade na operacionalização das consultas, muitas vezes, faz com que esses relatórios sejam de difícil compreensão para grande parte da sociedade, que se sente desmotivada para realização do monitoramento.

Somente existirá a possibilidade de um controle social efetivo quando os instrumentos viabilizadores das consultas às contas públicas traduzam, de forma didática e resumida, essa grande quantidade de informações de modo a facilitar o entendimento de como são executados os orçamentos estatais.

Falta de articulação concreta ou segregação dos movimentos sociais. A atuação segregada dos movimentos sociais no Brasil é outro fator dificultador do controle social. A dispersão dos setores reduz a força das reivindicações e diminui a atenção dada pelos governantes a estes grupos.

Para que o controle social tenha resultados efetivos é imprescindível que as ações sejam coordenadas e articuladas de maneira uniforme, exercendo uma pressão equânime junto aos gestores públicos, garantindo a implementação de políticas públicas de interesse dos cidadãos.

O que, muitas vezes, ocorre é o descrédito nas instituições, tais como sindicatos, que poderiam ser utilizadas para coordenar as ações e forçar resultados positivos, tendo em vista o corporativismo existente em algumas classes, surgindo inclusive organizações paralelas às oficiais.

A TRANSPARÊNCIA COMO PRINCIPAL INDUTOR DO CONTROLE SOCIAL.

Nos últimos anos, o fenômeno da globalização, os avanços da internet e da legislação brasileira provocou uma evolução no processo de divulgação das informações referentes à atuação do Estado na realização de serviços públicos e na prestação de contas.

Em um contexto democrático, os cidadãos demandam acesso à informação, conhecimento da atuação do Estado e cobram o destino eficiente de seus tributos.

Segundo Azevedo (2011): “pode-se definir transparência da gestão como a atuação do órgão público no sentido de tornar sua conduta cotidiana, e os dados dela decorrentes, acessíveis ao público em geral”. A transparência vai mais além da publicidade, pois se detém na garantia do acesso as informações de forma global, não somente aquelas que se deseja apresentar. A noção de democracia, consagrada constitucionalmente, está vinculada à capacidade dos indivíduos de participarem efetivamente do processo de tomada de decisões pelos governantes.

A transparência não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento auxiliar da população para o acompanhamento da gestão pública (Hage, 2010). Ela permite que a gestão seja cotejada e avaliada cotidianamente e possui um caráter preventivo, inibindo situações de desvio e malversação de recursos. A falta de transparência na gestão é um forte indicativo de práticas comprometedoras (Trevisan et alli, 2003).

Cappelli, Leite e Araújo (2010) apresentam que o avanço da transparência no campo normativo demanda modelos que permitam a verificação desse grau de

transparência, indicando características que devem estar presentes em uma organização para que esta seja considerada transparente, em um determinado nível.

Esses princípios se organizam, segundo os autores (Cappelli, Leite e Araújo, 2010, apud Azevedo, 2011), na forma de estágios, em um modelo misto de progressão em linha, definido como “degraus de transparência”, uma taxonomia desses princípios. Esses degraus, segundo os referidos autores (Cappelli; Leite; Araújo, 2010, págs. 101-102), são:

- DEGRAU 1 – Acessibilidade

A transparência é realizada através da capacidade de acesso. Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que efetivam características de portabilidade, disponibilidade e publicidade na organização.

- DEGRAU 2 – Usabilidade

A transparência é realizada através das facilidades de uso. Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que efetivam características de uniformidade, simplicidade, operabilidade, intuitividade, desempenho, adaptabilidade e amigabilidade na organização.

- DEGRAU 3 – Informativo

A transparência é realizada através da qualidade da informação. Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que efetivam características de clareza, completeza, atualidade, comparabilidade, consistência, integridade e acurácia na organização.

- DEGRAU 4 – Entendimento

A transparência é realizada através do entendimento. Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que efetivam características de concisão, compositividade, divisibilidade, detalhamento e dependência na organização.

- DEGRAU 5 - Auditabilidade

A transparência é realizada através da auditabilidade. Esta capacidade é identificada através da aferição de práticas que efetivam características de validade, controlabilidade, verificabilidade, rastreabilidade e explicação na organização.

Segundo Azevedo (2011), o simples fato de tornar dados disponíveis não faz de uma organização transparente. Esse processo envolve quesitos, que se relacionam as várias dimensões do ato comunicativo. Existem questões que envolvem o preparo e qualificação do receptor, a forma de disponibilização dos dados pelo emissor, entre outras.

Conforme ensina Braga (2011), cabe avançar para classificações das organizações e na promoção da transparência em critérios objetivos. Essas questões fundamentais para a materialização da transparência convivem com o mundo concreto da gestão e demandam instrumentos de avaliação sistemática, que permitam ao governante aferir o andamento da transparência como valor na sua gestão e que possibilitem a emissão de recomendações gerenciais para a correção de rumo, no sentido do órgão avançar nos estágios de transparência.

Segundo Lira (2003, pág. 68), a atuação conjunta entre governo e sociedade pode resultar em valiosos ganhos econômicos, sociais e culturais. Os ganhos econômicos são os advindos dos recursos que o controle social pode evitar que sejam escoados pela corrupção. Os ganhos sociais advêm da elevação da qualidade dos serviços prestados à população pela Administração Pública e da melhora dos indicadores sociais relativos à Saúde e à Educação. Os ganhos culturais advêm do fortalecimento de valores importantes para a cidadania, como a responsabilidade sobre a coisa pública.

Para o exercício efetivo do controle social é importante não só a disponibilidade das informações, mas também sua qualidade e clareza de linguagem, de modo a possibilitar que todos os cidadãos possam participar de todos os degraus de transparência do processo de comunicação governamental das contas públicas.

Em que pese o princípio da transparência ser o foco das discussões da sociedade, e das páginas que apresentam informações ao público, os procedimentos que ditam tal princípio necessitam de aprimoramentos, o linguajar governamental técnico ainda é

restrito e acessível a poucos cidadãos. Por outro lado, o incremento da disponibilização de informações sobre os resultados proporcionados pelos gastos governamentais permitirá acesso às informações necessárias à fiscalização da execução dos recursos públicos, coibindo, naturalmente, eventuais desvios de finalidades dessas aplicações (Evangelista, 2012).

CONCLUSÃO. Verificamos que o controle social relaciona-se intimamente com o processo e resultado da mobilização social na luta pela garantia dos direitos humanos e sociais.

Por essa visão, os setores da sociedade que assumem a perspectiva emancipadora necessitam enfrentar as forças que a eles são tendencialmente opostas na sociedade capitalista: o mercado, e, em tese, o Estado dominado e dirigido pelos detentores do capital (Pedrini; Adams; Silva, 2007).

Para Streck e Adams (apud Pedrini; Adams; Silva, 2007), controle social pressupõe corresponsabilidade com a “coisa pública” onde haja formulação conjunta de objetivos e metas com justiça social. Numa perspectiva mais republicana, a participação social acontece de forma permanente, onde o indivíduo está inserido numa comunidade.

Conforme ensina Jacobi (1996), a constituição de cidadãos, enquanto sujeitos sociais ativos se consubstancia a partir da transformação das práticas sociais existentes e na sua substituição pela construção de novas formas de relação, que tem na participação um componente essencial. Todavia, o controle social ainda enfrenta vários dificultadores para ser adequadamente exercido.

Diante do exposto, conclui-se que existe a necessidade de uma grande evolução cultural para que o controle social seja efetivamente exercido para monitoração das contas públicas, principalmente pelas grandes barreiras, que ainda precisam ser vencidas para sua consolidação, notadamente quanto aos aspectos de transparências das informações e interesse social na concretização do controle.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. Direito administrativo descomplicado - 23. ed. rev. . atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013.-São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. Cadernos ENAP n.º 10, Brasília: ENAP, 1997.

AGUILLAR, Fernando Herren. Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ANASTASIA, Fátima & AZEVEDO, Sérgio de. (2000), Governança, “Accountability” e Responsabilidade: reflexões sobre a institucionalização da participação popular em experiências desenvolvidas em Minas Gerais. In: XVIII Congresso da IPSA, Quebec-Canadá, 2000.

BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo. A auditoria governamental como instrumento de promoção da transparência. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.º 2900, 10 de jun. de 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19318>>. Acesso em: 13.09.2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, outorgada em 5 de dez. de 1988. Brasília: Senado Federal, 2008.

BREDER, Jane Carvalho. CONTROLE SOCIAL – um modelo em construção: contribuições do Tribunal de Contas da União. 2008. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/documentos?perspectiva=501627>. Acesso em: 01.06.2013.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, Brasília, vol. 47, n.º 1, págs. 04-40, jan./abr. 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação Popular”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º 189, págs. 114-122, jul./set. 1992.

CENEVIVA, Ricardo. Artigo publicado no Blog do Jornal Estadão. In: <http://blogs.estadao.com.br/publicos/files/2012/03/ricardoceneviva.pdf>. Acesso em: 10.09.2013.

CGU, Controladoria-Geral da União. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas. Controle Social, orientações aos cidadãos. Brasília-DF, 2008.

DIAS, Márcia Ribeiro. Sob o Signo da Vontade Popular – O Orçamento Participativo e o Dilema da Câmara Municipal de Porto Alegre. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2002.

GENRO, Tarso e SOUZA, Ubiratan. Orçamento Participativo - A experiência de Porto Alegre. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998, pág. 112.

JACOBI, Pedro Roberto. Ampliação da cidadania e participação: desafios na democratização da relação poder público-sociedade civil no Brasil. Tese de Livre Docência – USP. São Paulo. 1996. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/48/tde-25102005-105004/pt-br.php>. Acesso em: 01.10.2013.

_____; & TEIXEIRA, M.A. Orçamento Participativo: o caso de São Paulo (1989-1992), à luz das experiências de Porto Alegre e Belo Horizonte. CEDEC, São Paulo, mimeo, 1996.

KLITGAARD, Robert. (1994), A Corrupção Sob Controle, Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Editora: Jorge Zahar.

LÚCIO, Evangelista. Controle Social versus Transparência Pública: Uma Questão de Cidadania. In: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053966.PDF>, 2010. Acesso em: 19.09.2013.

MACIEL, Felipe Guatimosim. O Controle da Corrupção no Brasil. I Concurso de Monografias e Redações. Controladoria Geral da União. Porto Alegre – RS. 2005.

MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra & outros. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Saraiva. 2001.

MILENSKI, Hélio Saul. O Controle da Gestão Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, G. de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 209, págs. 153-167, jul.-set. 1997. Disponível em: http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf. Acesso em: 21.05.2013.

PACINI, Mário. "Administração Pública: Importância do controle". In: LEITE B.C. (org.). Sociologia da corrupção. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

PEDRINI D.; ADAMS T.; SILVA, V.R. (org). Controle Social de políticas públicas: caminhos, descobertas e desafios. São Paulo: Paulus, 2007.

RIZZO JÚNIOR, Ovídio. “Controle Social Efetivo de Políticas Públicas”. Tese Doutorado – USP. São Paulo (SP), 2009.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Controle Social e a Transparência da Administração Pública Brasileira. 2004. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 01.06.2013.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle Social: Reformando a Administração para a Sociedade. TCU: Brasília (DF), 2001.

SMULOVITZ, Catalina e PERUZZOTTI, Enrique. “Societal Accountability in Latin America: Journal of Democracy, volume 11, número 4, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública. Prêmio Serzedello Corrêa 2001: monografias vencedoras. Brasília: Tribunal de Contas da União. Instituto Serzedello Corrêa, 2002.