

O CONTROLE INTERNO DE LEGALIDADE PELOS PROCURADORES DO ESTADO

Cléia Cardoso

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. A Administração pública; 2. O interesse público e os controles da Administração Pública; 3. Os parâmetros éticos do controle; 4. Modalidades do controle; 5. O controle interno de legalidade (*lato sensu*) exercido pelos Procuradores do Estado; 6. O controle interno da legalidade e os interesses fazendários; 7. Conclusões

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a explorar aspectos do controle da legalidade tomado no sentido lato.

Recentemente, no "Encontro de Valorização da Advocacia Pública", realizado na Cidade de São Paulo, sob os auspícios do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria do Estado de São Paulo, o eminente Professor MIGUEL SEABRA FAGUNDES concluiu a sua conferência de abertura sublinhando a imperiosa necessidade de desenvolver-se um sistema amplo de controle interno de legalidade da Administração. No decorrer dos trabalhos, ainda outros ilustres expositores desenvolveram o tema, nessa mesma linha de idéias, ficando demonstrado, no evento, que o conceito de legalidade no sentido amplo envolve, hoje, tanto o conceito de legalidade (*stricto sensu*), como o de legitimidade e o de licitude, tornando aquele sistema muito mais abrangente do que o seria se tratasse de um controle da legalidade no sentido estrito.

Procura-se, portanto, partir desse entendimento, ou melhor, dessa conceituação, que vem a ser, em última análise, a integral submissão da Administração à *ordem jurídica* tomada, em sua plenitude, ou seja o *controle da juridicidade*.

1. A Administração Pública - Conceito

Cumprir, desde logo, como premissa, o conceito que temos de Administração Pública: "O conjunto de atividades preponderantemente executórias, praticadas pelas pessoas jurídicas, de direito público ou por suas delegatárias, gerindo interesses públicos, na prossecução dos fins legalmente cometidos aos Estados"⁽¹⁾.

Neste sentido, a Administração Pública vem a ser uma *função do Estado*, a ser desempenhada por vários órgãos de sua estrutura, principalmente concentrada nos Poderes Executivos das unidades políticas da Federação.

Essa função visa concreta, direta e imediatamente a realização do *interesse público*.

2. O Interesse Público e os Controles da Administração Pública

O Estado age subordinado ao que é *definido em lei* como *interesse público*, pois só à lei cabe defini-lo, especificando-o a partir das pautas gerais da Constituição. Podemos distinguir, assim, vários tipos de interesse público, mas, para o controle dos atos da

Administração, vai interessar, particularmente, a distinção de seus dois níveis de expressão: o nível político e o nível jurídico.

Nas sociedades, como a nossa, em que se pratica a democracia representativa cabe, em princípio, a seus mandatários políticos, captar o interesse público e interpretá-lo ou defini-lo, para legislar sobre aquilo que perceberam ser o interesse público.

Nosso regime, embora fundado nessa técnica de participação indireta, a que se dá pelos representantes políticos, prevê, ainda, o uso da participação direta e semidireta em várias hipóteses em que se pretenda captar mais aproximadamente a vontade política da maioria, surgindo institutos de diversos tipos, inclusive para que se possibilite a participação legislativa, ou seja, para dizer diretamente qual o interesse público.

Essas modalidades, sem dúvida, são todas instrumentos que nos levam à definição e à fiel prossecução do interesse público, realizando-se "a conformidade da ação do Estado com a vontade política dominante na sociedade", é o que se denomina *legitimidade*.

Dessa forma, o interesse público, quando juridicamente expresso, passa a ser a cristalização da vontade política e, no Estado de Direito, a dicção da vontade soberana da lei.

O controle, como sabemos, tem como finalidade assegurar que a Administração Pública atue de acordo com os princípios que são impostos pelo ordenamento jurídico.

O controle dos atos da Administração Pública constitui *poder-dever* dos órgãos que a lei atribui essa função e diz respeito ao *interesse público*.

3. Os Parâmetros Éticos do Controle

São três: a *legalidade*, a *legitimidade* e a *licitude*.

A *legalidade* é a sujeição à lei e comporta dois aspectos: o *amplo* e o *restrito*.

A *legitimidade*, por sua vez, já foi conceituada, realçando-se que:

"A definição do Estado como Democrático e de Direito (art. 1º da Constituição) pressupõe o reconhecimento de duas distintas ordens"⁽²⁾.

A ordem ético-política corresponde o conceito de legitimidade, e à ordem ético-jurídica, o conceito de legalidade, tal como serão tratados no presente trabalho.

Ambas as modalidades de controle, de legitimidade e de legalidade têm assento constitucional. O princípio de legitimidade está expresso no *caput* do art. 1º e seu parágrafo único, e o da legalidade, no art. 5º, II, com os seguintes textos:

"Todo poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos, ou diretamente, no teor desta Constituição" e

"Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em vontade da lei."

Assim, o Estado deve agir, em sua complexa atuação administrativa, não só de acordo com a definição legal encontrada na norma, mas, também, de acordo com a legítima finalidade pública, expressa na conveniência e oportunidade de agir do administrador e, finalmente, de acordo com a *moralidade* pública.

No que toca à legitimidade, o legislador delega ao administrador uma gama de opções juridicamente admissíveis, sob critério de conveniência e oportunidade, o que vem a ser a *discrecionalidade* - uma integração da legitimidade pelo administrador.

A *licitude* é a submissão do agir à moral. *Respeita à conduta dos agentes públicos* enquanto atuam na prossecução do interesse público.

Legitimidade, *legalidade* e *licitude*, portanto, se impõem ao Estado, e não de ser exigidas em toda sua atuação administrativa.

4. Modalidades do Controle

São, todavia, distintas as modalidades de controle, não só em razão de seus pressupostos, como, também, seus efeitos.

O controle de *legitimidade* se perfaz pela fiscalização, pela revogação ou pela substituição, sendo preponderantemente administrativo.

O controle da *legalidade* é de natureza corretiva, sendo administrativo ou jurisdicional.

O controle de *licitude* é corretivo, podendo ser tanto administrativo como jurisdicional.

A desconformidade do agir à lei poderá configurar dois tipos de ilegalidade: a *objetiva* e a *subjetiva*. Será ilegalidade *objetiva*, o agir em desconformidade à lei sem que dele resulte prejuízo a um interesse juridicamente protegido, e ilegalidade *subjetiva* a desconformidade do agir em confronto com a lei, quando dele resultar a violação de qualquer interesse juridicamente protegido.

Legitimidade, *legalidade* e *licitude* devem, portanto, pautar, toda atuação administrativa do Estado, seja administrativa externa ou interna.

O controle da legitimidade nem sempre levará à invalidação de um ato praticado pelo administrador. Entretanto, o controle de legalidade é sempre corretivo, destinando-se à anulação do ato que se apresente em desconformidade com a lei, expressão legislada do interesse público, embora caiba, quando previsto, um controle *sanatório*; neste caso, servindo para recuperar a legalidade no sentido estrito.

A *licitude*, ou seja, o valor ético referido à moralidade administrativa, está intimamente ligada ao dever da *boa administração*, embora até hoje não se tenha alcançado a desejada clareza na precisão doutrinária de seu conceito.

Entretanto, uma coisa é certa - um ato legal embora amparado na letra da lei, poderá estar infringindo a moralidade.

Enfim, sob o prisma da moralidade ou da *licitude*, a mera satisfação dos requisitos de legalidade do ato jamais serão suficientes.

A *licitude*, como se viu, por sua vez, diz respeito à *moral*, porque a ordem jurídica contemporânea não envolve apenas a legitimidade e a legalidade.

A sujeição do Estado à moral, incorporada à ordem jurídico-positiva, neste final de século, com a plenitude de seu conteúdo ético, seja na atividade legislativa, na administrativa ou na jurisdicional, apresenta-se nítida em vários princípios e preceitos elencados na nossa Constituição, a partir do *caput*, do art. 37 da Constituição Federal, entre outros.

A *licitude* exigida do poder estatal, está explícita e implícita nessas normas, que passaram a incluir a moralidade pública na ordem jurídica.

Em suma, modernamente, o exame de uma relação jurídico-administrativa, deve sempre referir-se às três dimensões: da legitimidade, da legalidade e da *licitude*.

5. O Controle Interno de Legalidade (*Lato Sensu*) Exercido pelos Procuradores do Estado

Vejamos o embasamento constitucional:

O art. 132 da Constituição Federal estabelece:

"Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a *consulta jurídica* das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135" (nosso grifo).

Por seu turno, o art. 173, § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe:

"Art. 173 -

§ 3º - A Procuradoria Geral oficiará objetivamente no *controle interno da legalidade*, dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público" (nosso grifo).

Como se vê, os Procuradores do Estado conformam a primeira barreira de legalidade dos atos do Executivo, ou seja, cabendo-lhes a provedoria interna da legalidade, ao mesmo tempo que a defesa dos interesses fazendários das respectivas entidades políticas.

É indubitável que devem ser compatibilizadas, entre si, todas essas funções de controle constitucionais.

O Poder Público, ou Administração Pública, são ambas expressões que admitem vários sentidos, conforme explica o Prof. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA⁽³⁾:

"a) em sentido orgânico, estrutural, estético, de conjunto de órgãos sistematizados em organismos, órgãos que nada mais são do que espécie de competências, de capacidade, de legitimidade jurídicas, de círculos de atribuições, esferas de divisão do trabalho governamental; b) em sentido funcional, de atividade, de exercício dessas atribuições, competências e capacidades, por quem está investido nos mencionados órgãos".

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal estabelece que se está cuidando de administração pública de qualquer dos poderes das entidades federativas.

Assim, ainda, na lição do referido Mestre, o Poder, em termos públicos, é uma capacidade jurídica que tem de ser exercida, inarredavelmente, objetivando tais fins: não é o poder cujo exercício satisfaz os interesses de seu titular, mas o poder-compromisso, o poder-dever, que tem de ser exercitado em função de interesses de coletividade, traduzidos no público (estatal) e no social (comunitário).

Entretanto, ainda conforme os ensinamentos do citado autor bem como, desde 1989 vem prelecionando o nosso colega, o Procurador do Estado, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, há uma novidade constitucional, além dos três Poderes Políticos tradicionais: trata-se das instituições inseridas no Poder Público, no Título IV, Capítulo IV - "DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA", por elas responsáveis.

Essas *instituições* têm, todas elas, suas respectivas estruturas, como seus órgãos de execução e atuação, exercendo atividades junto a todos os Poderes, mas sem os integrarem (Constituição Federal, art. 85, II).

Assim é que, repita-se, às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, compete, no exercício de suas funções:

"a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135" (art. 132 da Constituição Federal).

Como consequência, essas instituições que exercem "funções essenciais à justiça" (respeitadas as espécies funcionais atribuídas a cada uma delas), se identificam como uma

quarta modalidade funcional, que, no dizer do professor SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em sua obra supracitada, é "a *função de provedoria de justiça*, cuja finalidade é contribuir para realização humana, democrática, equânime, do direito, seja Poder Público, seja no relacionamento dos governadores".

Dessa forma, cabe, essencialmente, aos Procuradores do Estado, não só pelo *implicitamente* contido no art. 132 da Constituição Federal, mas também, como princípio *expresso* nas Constituições Estaduais⁽⁴⁾, o controle interno da legalidade da Administração Pública.

Observe-se, entretanto, que a ressalva feita na Constituição do Estado do Rio de Janeiro⁽⁴⁾, com relação aos membros do Ministério Público, refere-se a outro tipo de controle, voltado a interesses específicos e com diferentes objetivos. O controle interno exercido pelos Procuradores não pode, isto sim, exorbitar a ingressar no âmbito externo de competência do Ministério Público (art. 127 *caput* e art. 129 CF).

A atividade de controle interno exercida pelos Procuradores do Estado antecede, logicamente, à do Ministério Público, favorecendo a atuação deste, mercê da mediação e intimidade que tem com a Administração.

É de se notar, que nada impede a acumulação de controles sobre os mesmos atos, ainda porque, cada tipo de controle tem sua natureza própria e destinação específica.

Assim, por exemplo, uma ilegalidade orçamentária, pode ser objeto de controle interno orçamentário (Administração Pública), do controle interno da Procuradoria do Estado e, se isto configurar um ilícito penal, caberá, ainda, o controle por parte do Ministério Público.

Valhamo-nos de outro exemplo: a imoralidade administrativa deve ser objeto de controle da Procuradoria do Estado, mas também do Ministério Público, e ainda dos órgãos da própria Administração Pública e, por disposição constitucional, do controle do cidadão, através da ação popular, terminando pelo controle jurisdicional, que é o definitivo.

Como se vê, um controle não afasta outros, senão que compõem um *sistema*, cuja transcendental importância no direito contemporâneo vai ganhando maior expressão, à medida em que, multiplicam-se e aperfeiçoam-se os *institutos*, bem como amplia-se a *participação popular*, especificamente voltada ao controle da juridicidade dos atos da Administração.

Tudo isso revela uma marcada tendência contemporânea, de cujo acompanhamento e estudo não se podem dispensar os Procuradores do Estado, bem como os demais membros exercentes de funções essenciais à justiça, porquanto, repisemos, o sistema deve ser concebido de tal forma, *que não se permitam espaços de atuação pública sem que alcance o controle*, mesmo que, sobre a atuação administrativa venham a incidir mais de um instituto ou modo de exercício desse controle.

Dessa forma, diante de fenômenos tão novos, dependendo do tipo de interesse protegido pela ordem jurídica, a atitude do intérprete do Direito, bem como de seu aplicador há de ser de atenção, prudência e estudo, sempre tendo em vista a *absoluta prioridade de defender a legalidade*, no sentido amplo, sinônima, portanto de juridicidade: observância da ordem jurídica integral.

Qualquer conflito que surja, só o será, aparentemente, pois em cada caso, a ordem jurídica só estará satisfeita se os três princípios forem *simultaneamente* observados.

Passa, assim, a ser dever de todos, que estudamos e aplicamos o Direito, distinguir esses princípios, que, como se expôs, conformam, em sua totalidade, a *juridicidade*, ou seja, a observância integral da ordem jurídica.

6. O Controle Interno da Legalidade e os Interesses Fazendários

Aspecto particular desse controle, refere-se aos interesses fazendários.

Com esses esclarecimentos, já se pode verificar, desde logo, que não há um conflito real entre a legalidade, *lato sensu*, e os interesses do Erário.

A licitude, ou a moralidade, por não estar definida na norma legal, deve sempre ser atendida, mesmo quando o estejam a legalidade e a legitimidade, pois o Direito não pode ser aplicado com resultados aéticos. A legalidade em sentido amplo, quando o ato administrativo for discricionário, não pode, por sua vez, deixar de ser atendida, mesmo que a legalidade estrita tenha sido satisfeita.

É dever do servidor público (no sentido lato), e, no caso, dos *agentes políticos*, atentarem para o sentido moral da ação do Estado, pois tal dever decorre da própria relação de função pública - é um dever deontológico, isto é, da moral profissional, do exercente de função pública.

Por outro lado, o dever de legitimidade está balizado pela *finalidade pública* contida na lei.

Assim, é dever dos Procuradores do Estado, atentar também, para a licitude e a legitimidade dos atos do Poder Executivo, no cumprimento, do dever de controle interno integral da legalidade.

Ainda que algum pronunciamento possa ser desfavorável a interesses financeiros da Fazenda Pública, para que a atuação de controle se conforme plenamente à ordem jurídica, deve ser amplo, sempre que qualquer ato venha a infringir os valores tutelados por sua função de provedoria.

Neste sentido, esclarece ainda SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em sua obra já citada:

"É inteiramente superada a visão de que, no desenvolvimento de qualquer desses aspectos da função administrativa, o poder público é menos imparcial; que os interesses da Fazenda Pública devem ser defendidos com a passionalidade, o personalismo com que o particular procura satisfazer os seus, mormente os de ordem patrimonial. Na instância administrativa, seja contenciosamente, ou não, a "vitória" da administração pública será a execução justa da lei, mesmo que, para isso, tenha de reconhecer que errou, e modifique, revogue, anule seus atos, supra suas omissões. A justiça - num sentido ainda mais amplo e profundo do que aquela cuja realização está entregue ao Judiciário - é obrigação do administrador público, e para ele também serve, na sua realização, a simbologia de Têmis"⁽⁶⁾.

7. Conclusões

1 - Na sua atuação político-profissional, o Procurador do Estado não pode ignorar as novas e atuais exigências da integralidade da ordem jurídica.

2 - Cabe-lhe examinar, *in casu*, em seqüência, a satisfação da legalidade tradicional (*strictu sensu*), da legitimidade, e, ainda, da licitude.

3 - Ao exercer a função de consultoria, deve dar ênfase a essa atividade de executor do controle interno da legalidade, abrangente da totalidade dos valores da ordem jurídica.

4 - O controle interno da legalidade, sempre que necessário, não cederá diante de interesses de menor dimensão finalística, como os *puramente fazendários*, pois o Estado deve ser um ente ético, que gere recursos *públicos* para atingir suas finalidades.

constitucionais e legais, entre as quais não está o *lucro*, nem, tampouco, o sacrifício de outros valores que também deva primacialmente observar, pois a ética é um interesse público primário e o aporte aos cofres públicos, sempre um interesse público secundário, ou instrumental.

Setembro/92

NOTAS

(1) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 10ª Edição, 1992.

(2) Obra citada, p. 2

(3) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, 3º volume, p. 9, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991.

(4) A Constituição Estadual do Rio de Janeiro estabelece no § 3º, do art. 173: "a Procuradoria Geral oficiará obrigatoriamente no controle interno de legalidade dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público".