

# EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO BRASILEÑO

**Rafael Valim**

*Profesor de Derecho Administrativo*

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

**RESUMEN:** Sería absolutamente inocua la proclamación del principio de la legalidad si no existieran medios para imponer la sumisión de la Administración al orden jurídico, de donde emana la importancia trascendente de los sistemas de control de las funciones públicas. La Constitución brasileña contempla distintos mecanismos de control, los cuales pueden ser clasificados en control interno, ejercido por la Administración del propio Poder que editó el acto, y control externo, ejercido por órganos ajenos a la Administración de la que emanó el acto.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Administrativo brasileño. Estado de Derecho. Administración Pública. Control interno. Control externo.

**SUMMARY:** To preach the principle of legality would be absolutely innocuous, if there were no means to impose the submission of the Administration to the juridical order, from which emanates the transcendent importance of control systems on public functions. The Brazilian Constitution covers different control mechanisms, which may be classified in internal control, exerted by the Administration of the Power itself which edited the act, and external control, exerted by bodies other than those of the Administration from which the act was emanated.

**KEY WORDS:** Administrative Law. Rule of law. Public Administration. Internal control. External control.

SUMARIO. I. ESTADO DE DERECHO Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. II. PANORAMA DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1. Control interno. 2. Control externo. A. Control parlamentario. a) Control parlamentario directo. b) Control por el Tribunal de Cuentas. B. Control jurisdiccional.

## I. ESTADO DE DERECHO Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. El Estado de Derecho representa la consagración de un proyecto político de contención del Poder<sup>1</sup>.

De un poder incontrastable y ejercido al talante de un soberano, a cuya voluntad se doblegaban los súbditos, se trasladó, por medio, fundamentalmente, de la conjugación de dos geniales ideas – la separación de las funciones estatales y la soberanía popular –, a la lógica de la *función*, es decir, de poderes meramente instrumentales a la satisfacción de unos tantos deberes ante los ciudadanos, a cuya voluntad, traducida en la ley, el Estado pasa a deber estricta obediencia<sup>2</sup>.

En este contexto, la función legislativa y la función administrativa se hermanan en la consecución de finalidades públicas, cabiéndole a aquélla la producción de programas de acción y a ésta ejecutarlos fielmente<sup>3</sup>. Como afirma el preclaro Profesor RUY CIRNE LIMA, la actividad administrativa se convierte en la "actividad de lo que no es señor absoluto" y que se "estructura al influjo que una finalidad imperativa".

2. Es justamente para garantizar el imperio de la legalidad y, por lo tanto, al mismo tiempo, asegurar la voluntad soberana y los derechos de los ciudadanos, que en el seno del Estado de Derecho son engendrados múltiples mecanismos de control de la Administración Pública, por medio de los cuales se fiscaliza el ejercicio de las competencias administrativas y se reprimen eventuales descompases con el orden jurídico.

Ciertamente, sería absolutamente inocua la proclamación del principio de la legalidad si no existieran medios para imponer la sumisión de la Administración al orden jurídico<sup>4</sup>, de donde emana la importancia trascendente de los sistemas de control de las funciones públicas.

Ya sea por medio de órganos internos de la Administración Pública, o por medio de órganos a ella ajenos, el control concurre para el confinamiento de los poderes públicos a los parámetros establecidos en las leyes y en la Constitución Federal.

3. Cuando aludimos a "parámetros" se nos plantea una consideración de inmediato. El control de la Administración Pública presupone la atribución de competencias públicas con *suficiente grado de densidad*, es decir, se impone que el legislador otorgue poderes concretos y específicos para el cumplimiento de fines concretos y específicos, bajo pena de subversión de todos los principios que conforman el Estado de Derecho<sup>5</sup>.

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

2 NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 44.

3 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 59.

4 SILVA, José Afonso de la. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 749.

5 Para maior desenvolvimento deste tema: VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 99-104.

Como enseña MARIANO BACIGALUPO, una *norma de conducta* dirigida a la Administración representa una *norma de control* para el Poder Judicial<sup>6</sup>. En otras palabras, la densidad normativa guarda directa relación con la intensidad del control: cuanto más densa sea la competencia pública, más parámetros estarán a la disposición de los órganos controladores.

4. Además, conviene señalar que en países de tradición autoritaria como Brasil, cualquier construcción teórica en el ámbito del Derecho Público inevitablemente tiene que dirigirse al perfeccionamiento de los medios de protección de la libertad y de la dignidad del individuo en detrimento de concepciones generosas con el poder, que acaban resultando, en la luminosa expresión del eminente Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en "inmunidades del Poder"<sup>7</sup>. Al pretenderse hacer un *Derecho de la Administración*, se renuncia a hacer Derecho Administrativo<sup>8</sup>. De acuerdo a AGUSTÍN GORDILLO, "es ser el consejero y asesor del soberano: el mal consejero que le dirá que es Derecho todo aquello que le agrada"<sup>9</sup>.

## II. PANORAMA DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

5. En vista de la amplitud del tema de que nos ocupamos y con el propósito de ofrecer una visión panorámica de los controles sobre la Administración Pública, *cifraremos* nuestro estudio en las competencias controladoras previstas en la Constitución Federal de Brasil.

6. Es necesario recordar desde ya que la función administrativa, a pesar de ser principalmente desempeñada por el Poder Ejecutivo, se extiende por los tres Poderes de la República. Así, el "control de la Administración Pública" alcanzará, de modo general, al ejercicio de la función administrativa en todas las esferas de Poder<sup>10</sup>.

Por otro lado, el control del Poder Judicial fue recientemente fortalecido con la creación del Consejo Nacional de Justicia (art. 103-B de la Constitución), al cual se confió el control de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial, con el fin de asegurar la observancia de los principios recogidos en el art. 37 de la Constitución Federal<sup>11</sup>.

7. La doctrina suele clasificar según varios criterios el control de la Administración Pública<sup>12</sup>. Para nuestros fines, interesarán dos clasificaciones, a comenzar por la que lleva en consideración el objeto del control, distinguiendo el *control de legalidad* del *control de mérito*.

6 *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 78.

7 *La lucha contra las inmunidades del Poder*. Madrid: Civitas, 1983.

8 A este respecto, es de indispensable lectura el artículo del Profesor Adilson Abreu Dallari intitolado "Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas", publicado en la Revista Trimestral de Derecho Público 24: 63-74.

9 Enseña Agustín Gordillo: "Si se quiere hacer un derecho de la administración, entonces se está renunciando a hacer derecho" (...) "Es ser consejero y asesor del soberano: el mal consejero que le dirá que es derecho todo lo que al príncipe le plazca." (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-10 y 13).

10 CARVALHO FILHO, José dos. *Manual de Direito Administrativo*, 22ª ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 893; ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 598.

11 Enuncia el dispositivo constitucional: "Art. 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente (...)".

12 Hay, por ejemplo, clasificaciones que adoptan el criterio de la oportunidad (control previo, concomitante o posterior) o de la iniciativa (control de oficio o provocado).

8. En términos aproximativos, el *control de legalidad* consistiría en el examen de la *compatibilidad del acto administrativo, en términos materiales y formales, con el orden jurídico vigente a la época de su nacimiento*, del que resultará el mantenimiento o no del acto.

Resáltese que el principio de legalidad consiste en la *conformidad a la ley y al Derecho*, en la elocuente expresión de la Ley Fundamental Alemana<sup>13</sup>, ahora introducida en nuestro orden jurídico a través del art. 2º, párrafo único, inciso I, de la ya mencionada Ley 9.784/99<sup>14</sup>. Por consiguiente, el principio de legalidad implica no sólo la fiel sumisión a la ley, como también la observancia de los principios jurídicos, asumiendo, en esa medida, la característica de una *imposición de sumisión de las autoridades al orden jurídico*. En los cuadrantes del Derecho Administrativo, podemos decir que el principio de legalidad impone la sumisión de la Administración Pública no sólo a la ley que, al mismo tiempo, fundamenta y limita su actuación, sino también a los principios que componen el régimen jurídico-administrativo, por cuanto, en la lección certera del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, "la ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración".<sup>15</sup>

Por su lado, el *control de mérito*<sup>16</sup> se traduce en la *posibilidad de reexamen de la discrecionalidad administrativa*. Es decir: al *órgano* controlador se atribuye competencia para emitir *nuevo* juicio de conveniencia y oportunidad, orientado a confirmar o suprimir, mediante revocación, el juicio anterior.

9. La otra clasificación que merece nuestra atención divide el control de la Administración Pública en *control interno* y *control externo*.

El *control interno* es el ejercido por la Administración del propio Poder que editó el acto<sup>17</sup>, mientras que el *control externo* es el ejercido por órganos ajenos a la Administración de la que emanó el acto.

---

13 Prescribe el art. 20, párrafo 3º, de la Ley Fundamental Alemana, en traducción francesa: "Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit".

14 "Art. 2º. La Administración Pública obedecerá, entre otros, a los principios de legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficiencia. Párrafo único. En los procesos administrativos serán observados, entre otros, los criterios de: I - actuación conforme la ley y el Derecho".

15 *La lucha contra las inmunidades del poder*, p. 49.

16 El "mérito" así es definido por el eminente Profesor Celso Antônio Bandeira de Mello: "Mérito del acto es el campo de libertad supuesto en la ley y que efectivamente venga a remanecer en el caso concreto, para que el administrador, según criterios de conveniencia y oportunidad, se decida entre dos o más soluciones admisibles ante la situación vertiente, teniendo en vista la exacta atención de la finalidad legal, ante a imposibilidad de ser objetivamente identificada cual de ellas sería la única adecuada" (Curso de Direito Administrativo, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 973).

17 Adviértase contra el equívoco común de calificar el control interno como aquél que es ejercido por el propio Poder que editó el acto y el control externo como aquél que es ejercido por Poder ajeno al que editó el acto. Un ejemplo basta para demostrar la improcedencia de esta categorización: la invalidación judicial de un acto administrativo expedido por el propio Poder Judicial se traduce en ejercicio del control externo.

A partir de esta clasificación, *consagrada en diversos tramos del texto constitucional*<sup>18</sup>, ofreceremos el panorama del control de la Administración Pública en Brasil.

## 1. Control interno

10. De acuerdo con el art. 74 de la Constitución Federal, todos los Poderes deberán mantener un sistema integrado de control interno con la finalidad de evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plano plurianual, la ejecución de los programas y del presupuesto; de comprobar la legalidad y evaluar los resultados, cuanto a la eficacia y eficiencia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial en los *órganos* y entidades de la administración federal, bien como de la aplicación de recursos públicos por entidades de derecho privado; ejercer el control de las operaciones de crédito, avales y garantías, como también de los derechos y haberes de la Unión; y, finalmente, de apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional.

11. El control interno encuentra fundamento en la *autotutela* y permite, por lo general, que la Administración desempeñe una fiscalización plena de sus propios actos administrativos, *tanto bajo el aspecto de legalidad cuanto de mérito*<sup>19</sup>.

En la intimidad del Estado y de las personas por *él* creadas, se manifiesta dentro de la llamada *relación de jerarquía*<sup>20</sup>, que abarca un conjunto de competencias presumidas a favor de los *órganos* superiores sobre los *órganos* inferiores que autorizan (a) la expedición de determinaciones generales (instrucciones) o específicas al subalterno; (b) la fiscalización de la actividad de los subalternos; (c) la revisión de los actos de los subalternos ya sea mediante revocación, cuando sean inconvenientes o inoportunos, o por medio de invalidación, cuando padezcan de ilegalidades; (d) la solución de conflictos de competencias; y (e) la delegación y avocación de competencias, en los términos legales.

Nos parece que también el control practicado por el Estado sobre sus personas auxiliares – autarquías, empresas públicas, sociedades de economía mixta y fundaciones – designado "control", en sentido estricto, o "tutela"<sup>21</sup>, encaja en el control interno de la Administración Pública, al cual, en la lección del Profesor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "tal vez se podría atribuir la denominación, un tanto forzada o paradójica, reconozcámoslo, de control interno exterior"<sup>22</sup>.

18 Dispone la Constitución Federal: "Art. 31. La fiscalización del Municipio será ejercida por el Poder Legislativo Municipal, mediante control externo, y por los sistemas de control interno del Poder Ejecutivo Municipal, en la forma de la ley". "Art. 70. La fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de ingresos, será ejercida por el Congreso Nacional, mediante control externo, y por el sistema de control interno de cada Poder".

19 Estatuye el art. 53 de la Ley 9.784/99: "Art. 53. La Administración debe invalidar sus propios actos, cuando contengan vicio de legalidad, y puede revocarlos por motivo de conveniencia u oportunidad, respetados los derechos adquiridos".

20 VALENTE, Luiz Costa de la Cunha. *A hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1939.

21 En la esfera federal, de acuerdo con el Decreto-ley 200, este control recibe el nombre de "supervisión material".

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 945.

Es preciso subrayar, sin embargo, que mientras las competencias jerárquicas se suponen, las competencias controladoras sobre las personas descentralizadas, por el contrario, sólo pueden ser ejercidas con expreso fundamento legal.

12. El control interno puede darse *ex officio* o mediante provocación de los administrados. Veamos los medios de que puede valerse el administrado para provocar el control interno de la Administración Pública.

Si la esfera jurídica del ciudadano es amenazada por un acto administrativo, puede presentarse el *pedido de reconsideración*<sup>23</sup> y el *recurso jerárquico*.

El *pedido de reconsideración* es la petición formulada a la misma autoridad que emitió la decisión, para que ésta sea modificada o suprimida<sup>24</sup>. La Ley 9.874/99 prevé este instrumento en su art. 56, § 1º, en los siguientes términos: "El recurso será dirigido a la autoridad que profirió la decisión, la cual, si no la reconsidera en el plazo de cinco días, lo encaminará a la autoridad superior".

El *recurso jerárquico* es la solicitud dirigida a la autoridad inmediatamente superior a la que profirió la decisión combatida, con la finalidad de que ésta sea reformada o suprimida. Se trata de un derecho asegurado por el 5º, LV, de la Constitución Federal, cuya dicción es la siguiente: "A los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general les son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes".

Los recursos jerárquicos, en general, ostentan efecto devolutivo, es decir, someten a la autoridad superior el conocimiento de la materia. El efecto suspensivo sólo es reconocido en los casos previstos en la ley o, según lo que dispone el art. 61, parágrafo único, de la Ley 9.784/99, de oficio o a petición de parte, "habiendo justo temor de perjuicio de difícil o incierta reparación decurrente de la ejecución"<sup>25</sup>.

Los demás casos de oposición del administrado frente al ejercicio de determinada competencia pública se fundan en el *derecho de petición*, tal como establece el art. 5º, XXXIV, "a", de la Constitución Federal, pudiendo asumir el nombre de *representación* (art. 109, II, de la Ley 8.666/93), *denuncia* (art. 74, § 2º, de la Constitución Federal) o reclamación (art. 6º del Decreto Federal 20.910/32).

13. La Administración Pública tiene el *deber* impostergable de decidir todas las solicitudes presentadas por los administrados. En la esfera federal, a la luz del art. 49 de la Ley 9.784/99, la autoridad debe hacerlo en el plazo de 30 días, prorrogables motivadamente, por igual período, contados a partir del término de la instrucción del procedimiento administrativo.

14. Para finalizar nuestras consideraciones acerca del control interno, es fundamental una alusión, aunque breve, a la "*cosa juzgada administrativa*", por nosotros entendida

23 Nota del Editor: en el ordenamiento jurídico español podría traducirse como solicitud de revisión de oficio del acto administrativo.

24 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 223 y 224.

25 Conviene recordar el art. 5º de la Ley 12.016/2009: "No se concederá auto de medida cautelar cuando se trate: I - de acto del cual quepa recurso administrativo con efecto suspensivo, independientemente de caución".

como *la irreversibilidad de una decisión tomada por la Administración Pública, de modo contencioso, y de la cual no quepan más recursos en la esfera administrativa*<sup>26</sup>.

Se trata de instituto que, se mire por donde se mire, se orienta a salvaguardar la confianza del administrado en la conducta estatal, prohibiéndose un comportamiento contradictorio de la Administración Pública en relación a actos ampliativos de la esfera jurídica de los administrados. Decidido el asunto en última instancia administrativa, no puede la Administración revocar el acto administrativo, ni cuestionarlo en la esfera judicial.

Esto naturalmente no impide que terceros afectados por el acto administrativo busquen su corrección judicial o que se presente, en las hipótesis legales, acción popular o acción civil pública. Esto porque la "cosa juzgada administrativa" retira solamente la competencia de la Administración para proveer, por sí o por medio del Judicial, sobre un caso concreto ya decidido administrativamente.

## 2. Control externo

15. El control externo de la Administración Pública está *exhaustivamente* configurado en la Constitución Federal, *repugnando cualesquiera ampliaciones o restricciones, aunque sean por enmienda constitucional, por constituir el principio de la separación de Poderes una cláusula pétrea*<sup>27</sup>.

De ahí se desprende, por ejemplo, la *inconstitucionalidad de instrumentos normativos que confieren a los Tribunales de Cuentas prerrogativas que excedan de las que le fueron otorgadas por la Carta Magna*.

16. El control externo comprende el *control parlamentario* y el *control jurisdiccional*. Comencemos por el control parlamentario, que separamos en *control parlamento directo* y *control por el Tribunal de Cuentas*<sup>28</sup>.

### A. Control parlamentario

17. El Poder Legislativo, a la par de su competencia legislativa, ostenta amplias prerrogativas de control sobre los actos de la Administración Pública, las cuales están consagradas, de modo explícito, en el artículo 49 de la Constitución Federal, cuyos términos interesa reproducir: "Art. 49. Es de la competencia exclusiva del Congreso Nacional: (...) X – fiscalizar y controlar, directamente, o por cualquiera de sus casas, los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la administración indirecta".

26 VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130.

27 Preceptúa la Constitución Federal: Art. 60, § 4º - "No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: (...) III - la separación de los Poderes". La Profesora Maria Sylvia Zanella Di Pietro parece admitir la ampliación del control del Poder Legislativo sobre la Administración Pública a través de enmienda constitucional (Direito Administrativo, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 611).

28 Seguimos la nomenclatura propuesta por el eminente Profesor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Se ve que al Poder Legislativo se entrega no sólo el elevado menester de expresar la voluntad popular, traducida en comandos que innovan originariamente en el orden jurídico, como también el de acompañar su fiel cumplimiento por los Poderes Públicos<sup>29</sup>.

Conviene anotar, a propósito de esto último, que el creciente protagonismo del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo, que se da por la iniciativa privativa, por la sanción y veto, y, sobre todo, por la edición de medidas provisionales –casi siempre con incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 62 de la Constitución Federal<sup>30</sup>–, prácticamente confina el Poder Legislativo a la ejecución de competencias fiscalizadoras.

### a) Control parlamentario directo

18. Las prerrogativas controladoras de que trataremos bajo la rúbrica "control parlamentario directo" se refieren a la actuación directa del Congreso Nacional, sin el auxilio del Tribunal de Cuentas.

#### a.1) "Sustação" de actos y contratos del Poder Ejecutivo

19. La Constitución atribuye exclusivamente al Congreso Nacional, en los términos del su artículo 49, inc. V, la "sustação" de actos normativos del Poder Ejecutivo que excedan la competencia reglamentaria o los límites de la delegación legislativa<sup>31</sup>.

20. También es dado al Congreso Nacional la "sustação", a petición del Tribunal de Cuentas, de los *contratos* celebrados por la Administración Pública que padecen de ilegalidades, a tenor de lo que dispone el art. 71, § 1º de la Constitución Federal.

Entretanto, si comunicado por el Tribunal de Cuentas el vicio contractual y el Parlamento queda inerte o si el Parlamento nada hace ante la omisión del Poder Ejecutivo en tomar las medidas sugeridas para la corrección del vicio, en ambas situaciones, superado el plazo previsto constitucional de 90 días (art. 71, § 2º), la decisión se desplaza al Tribunal de Cuentas, quien decidirá por la "sustação" del contrato o por la determinación de medidas a la Administración Pública.

21. Aclárese que el vocablo "sustação" empleado en el texto constitucional significa la suspensión de la eficacia del acto administrativo con proyección *ex nunc*.

a.2) Convocación de autoridades, pedidos de informaciones y recibo de peticiones, reclamaciones y representaciones de los ciudadanos

22. El art. 50 de la Constitución Federal establece que los Ministros de Estado y los demás titulares de órganos directamente subordinados a la Presidencia de la República podrán ser convocados por la Cámara de los Diputados, por el Senado Federal o por cualquiera de sus Comisiones, para prestar, personalmente, informaciones acerca de asunto previamente determinado, comportando crimen de responsabilidad la ausencia, salvo justificación tempestiva y adecuada.

29 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo, 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 749.

30 Determina la Constitución Federal: "Art. 62. En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional".

31 FERRAZ, Anna Cândida de la Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

23. Además de estas informaciones personales, es dado a las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal formular *petições escritas de informaciones* a las autoridades arriba mencionadas, también dando lugar a crimen de responsabilidad tanto su rechazo o desatención, en el plazo de treinta días, como la prestación de informaciones falsas, en conformidad con el § 2º del art. 50 de la Carta Magna.

24. Por otro lado, las Comisiones de ambas Casas Legislativas podrán, con apoyo en el art. 58, § 2º, incisos IV y V, de la Constitución Federal, recibir peticiones, reclamaciones, representaciones o quejas de cualquier persona contra actos o omisiones de las autoridades o entidades públicas y solicitar testimonio de cualquier autoridad o ciudadano.

a.3) Comisiones parlamentarias de investigación

25. El Legislativo abriga, de acuerdo al art. 58 de la Constitución, Comisiones permanentes y temporales, figurando entre estas últimas las Comisiones Parlamentarias de Investigación, comúnmente designadas "CPIs"<sup>32</sup>.

26. Tales Comisiones tienen plazo cierto y pueden ser creadas por la Cámara y por el Senado, en conjunto o separadamente, mediante requerimiento de un tercio de sus miembros. Se destinan a la verificación de "hecho determinado" y cuentan con "poderes de investigación propios de las autoridades judiciales", además de otros previstos en los regimientos internos de las Casas Legislativas (art. 58, 3º de la Constitución Federal).

27. Es importante decir que el *hecho determinado* que va a ser objeto de verificación por las Comisiones Parlamentarias de Investigación debe circunscribirse a la esfera de actuación del Poder Legislativo<sup>33</sup>. Además, la expresión "poderes de investigación propios de las autoridades judiciales" reclama una adecuada interpretación, con el fin de evitar conclusiones contradictorias con el orden constitucional. Con efecto, quiere tal expresión apenas denotar la *imperatividad* de que se revisten los actos expedidos por las Comisiones Parlamentarias en el ejercicio de su competencia fiscalizadora, es decir, los actos pertinentes a la investigación, tales como intimaciones y requerimientos, deben ser obedecidos, pero la utilización de medios coercitivos para tornarlos efectivos le asiste al Poder Judicial<sup>34</sup>.

28. Anótese, por fin, que las conclusiones de las Comisiones Parlamentarias de Investigación, si así fuera, serán encaminadas al Ministerio Público para que este lleve a cabo la asunción de responsabilidad por los investigados.

a.4) Autorizaciones o aprobación para emanación de actos del Poder Ejecutivo

29. La Constitución también le otorga al Poder Legislativo competencia para *aprobar* o *autorizar* la actuación del Poder Ejecutivo, de que son ejemplos las prerrogativas exclusivas del

32 Sobre el tema, consultar: ZANCANER, Gabriela. *As competências legislativas e as comissões parlamentares*. São Paulo: Malheiros, 2009.

33 Ya lo decía el eminente Carlos Maximiliano: "Como el parlamento no puede confiar a una entidad más poderes de los que él tiene, la competencia de las Comisiones de Investigación no abarca sino asuntos de la esfera de la acción y vigilancia del Congreso; no se extiende, por ejemplo, a procesos criminales o a litigios judiciales, ni a materias cuyo estudio y solución incumben a los poderes regionales o municipales" (*Comentários à Constituição*, II, 1948, p. 80).

34 BARROSO, Luis Roberto. *Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, Dezembro/Janeiro/Fevereiro, 2008. Disponible en la internet: [www.direitodelestadel.con.br/rere.asp](http://www.direitodelestadel.con.br/rere.asp). Acceso el 17 de noviembre de 2011, p. 12.

Congreso Nacional enumeradas en los siguientes incisos del art. 49: "I - resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen gastos o compromisos onerosos al patrimonio nacional; II - autorizar al Presidente de la República a declarar guerra, a celebrar la paz, a permitir que fuerzas extranjeras transiten por el territorio nacional o en él permanezcan temporariamente, excepto los casos previstos en ley complementaria; III - autorizar al Presidente y al Vice-Presidente de la República a ausentarse del País, cuando la ausencia exceda quince días; IV - aprobar el estado de defensa y la intervención federal, autorizar el estado de sitio, o suspender cualquiera de esas medidas; XII - apreciar los actos de concesión y renovación de concesión de emisoras de radio y televisión; XVI - autorizar, en tierras indígenas, la explotación y el aprovechamiento de recursos hídricos y la pesquisa y extracción de riquezas minerales; XVII - aprobar, previamente, la enajenación o concesión de tierras públicas con área superior a dos mil quinientas hectáreas".

30. También el art. 52 de la Constitución, en sus incisos III, IV, V y XI, le irroga privativamente al Senado Federal competencia para aprobar y autorizar actos del Ejecutivo.

a.5) Juicio de las cuentas del Poder Ejecutivo

31. Al Congreso Nacional le compete, a tenor de lo que dispone el art. 49, inc. IV, de la Constitución Federal, juzgar, anualmente, las cuentas prestadas por el Presidente de la República y apreciar los informes sobre la ejecución de los planos de gobierno.

32. Obsérvese que si las cuentas no fueron prestadas dentro de los sesenta días siguientes a la apertura de la sesión legislativa<sup>35</sup>, la Cámara de los Diputados procederá a la toma de cuentas del Presidente de la República, a la luz del art. 51, inc. II, de la Constitución.

a.6) Suspensión y destitución (impeachment) del Presidente o de Ministros

33. Por fin, otorgó la Constitución al Senado Federal competencia para procesar y juzgar al Presidente y al Vicepresidente de la República, en los crímenes de responsabilidad, los Ministros de Estado y los Comandantes de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica, en los crímenes de la misma naturaleza, conexos con aquéllos, y para procesar y juzgar a los Ministros del Supremo Tribunal Federal, al Procurador-General de la República y al Abogado-General de la Unión en los crímenes de responsabilidad.

34. Habiendo sido admitida la acusación contra el Presidente de la República, por dos tercios de la Cámara de los Diputados, el Senado Federal, bajo la presidencia del Presidente del Supremo Tribunal Federal, lo suspenderá de sus funciones después de la instauración del proceso y lo juzgará (art. 86 de la Constitución). Si resultase absolutorio el juicio, el proceso será archivado; si fuese condenatorio, por dos tercios de los votos del Senado, el Presidente de la República será destituido del cargo, con inhabilitación por ocho años para el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de las sanciones judiciales correspondientes (art. 52, parágrafo único). A esto se lo denomina *impeachment*.

35. Los crímenes de responsabilidad están previstos en el art. 85 de la Constitución y definidos en la Ley 1.079/50.

35 La apertura de la sesión legislativa se da el día 02 de febrero, conforme dispone el art. 57 de la Constitución: "El Congreso Nacional se reunirá, anualmente, en la Capital Federal, del 2 de febrero al 17 de julio y del 1º de agosto al 22 de diciembre".

### b) Control por el Tribunal de Cuentas

36. De acuerdo con la Constitución Federal, la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la Administración directa e indirecta, cuanto a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de ingresos, será ejercida por el Congreso Nacional, con el auxilio del Tribunal de Cuentas (artículos 70 y 71).

37. Nos parece que el tema reclama respuesta a dos indagaciones fundamentales: ¿Cuál es la naturaleza de la función ejercida la por el Tribunal de Cuentas? ¿Cuál es la especie de control llevada a efecto por el Tribunal de Cuentas?

38. Acerca de la función ejercida por el Tribunal de Cuentas, pese a que una parte de la doctrina la considera una función autónoma, no confundible con las funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa y a veces llamada "función de control", entendemos que el Tribunal de Cuentas desempeña, indudablemente, función administrativa.<sup>36</sup>

En el orden constitucional brasileño hay tres funciones. La función legislativa es aquella que el Estado ejerce mediante la expedición de *normas generales y normalmente abstractas que innovan originariamente en el orden jurídico*. Por el otro lado, la función jurisdiccional es la desempeñada por vía de *normas individuales y concretas con fuerza de cosa juzgada*<sup>37</sup>. Por fin, función administrativa es la *función ejercida la por el Estado, o por quien haga sus veces, que se singulariza por ser desarrollada mediante comportamientos sometidos a la ley, o, excepcionalmente, directamente a la Constitución, y sujetos al control jurisdiccional*<sup>38</sup>.

Pero los actos expedidos por el Tribunal de Cuentas no están al largo del control jurisdiccional y mucho menos innovan originariamente en el orden jurídico. De donde concluimos, sin margen de duda, que se trata de función administrativa.

39. La segunda cuestión se refiere a la especie de control llevado a efecto por el Tribunal de Cuentas.

Para muchos autores<sup>39</sup>, la alusión a los términos *legitimidad y economicidad* que figuran en art. 70 de la Constitución Federal permitiría un examen de mérito por parte del Tribunal de Cuentas.

No compartimos, sin embargo, tal entendimiento. *A nosotros nos parece que la dicción constitucional apenas aclaró la concepción de legalidad que arriba expusimos, consistente en la conformidad de los actos administrativos a la ley y a todos los principios jurídicos*<sup>40</sup>,

36 En este sentido: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas decisões. *Revista de Direito Público*, 73: 189; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 421.

37 Nota del Editor: la expresión "fuerza de cosa juzgada" es traducción no literal de la expresión empleada por el autor "nota de definitividad".

38 VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

39 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.614; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 956.

40 En el mismo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 381.

entre los cuales figura el principio de economicidad, manifestación del principio de la buena administración<sup>41</sup>.

Significa, por lo tanto, que el Tribunal de Cuentas debe limitarse a un control de legalidad, siéndole prohibido incursionar en el examen de la conveniencia y oportunidad de las decisiones administrativas.

40. Respondidas estas indagaciones, resta subrayar que las competencias del Tribunal de Cuentas fueron *exhaustivamente* detalladas por la Constitución Federal a lo largo de su art. 71, entre las cuales se coloca la apreciación y emisión de informe previo sobre las cuentas prestadas anualmente por el Presidente de la República, dentro de los sesenta días a contar de su recibo, para el juicio por el Congreso Nacional, y el juicio de las cuentas de los "administradores y demás responsables por dineros, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público federal, y las cuentas de aquéllos que den causa a pérdida, extravío u otra irregularidad de que resulte perjuicio a los cofres públicos" (art. 71, inc. II, de la Constitución).

41. Además, corresponde al Tribunal de Cuentas determinar plazo para que sea sanada la ilegalidad constatada en el comportamiento de los órganos y, en caso de desatención, detener el acto ilegal, comunicando la decisión a la Cámara de los Diputados y al Senado Federal (art. 71, incisos IX y X de la Constitución Federal). Si resulta verificada la ilegalidad en *contrato administrativo*, serán adoptadas las medidas del art. 71, § 1º, de la Constitución, que ya tratamos en el epígrafe dedicado a la "Sustação de actos y contratos del Poder Ejecutivo".

42. Conviene, por fin, hacer constar que las decisiones de imputación de débito o multa del Tribunal de Cuentas tendrán eficacia de título ejecutivo, a la luz del art. 71, § 3º, de la Constitución Federal, y que las disposiciones constitucionales concernientes al Tribunal de Cuentas de la Unión se aplican, en lo que quepa, a la organización, composición y fiscalización de los Tribunales de Cuentas de los Estados y del Distrito Federal, así como de los Tribunales y Consejos de Cuentas de los Municipios, a tenor de lo dispuesto en el art. 75 de la Carta Magna.

### *B. Control jurisdiccional*

43. Como ya dijimos, es absolutamente vana la formulación de innumerables sujeciones para la Administración, en favor de la libertad de los administrados, si no va acompañada por mecanismos de control de la actuación administrativa, especialmente de un efectivo control jurisdiccional.

Es importante que, a la par de la consagración del principio de legalidad, se reconozca el derecho a una protección judicial *efectiva* contra violaciones a ese principio. Como indica LOURIVAL VILANOVA, "norma primária (oriunda de normas civis, comerciais, administrativas) e norma secundária (oriunda de normas de direito processual objetivo) compõem a bimetridade da norma jurídica: *a primária sem a secundária desjuridiciza-*

41 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El buen gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Navarra, Ed. Arazandi, 2006.

se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo"<sup>42</sup>.

44. Se sabe que en Brasil *la jurisdicción es una*, correspondiendo al Poder Judicial resolver, con fuerza de cosa juzgada<sup>43</sup>, todo y cualquier litigio, a despecho de las partes implicadas o de la relación jurídica controvertida. Así, al Judicial le compete, con exclusividad y cuando sea provocado, *ejercer el control de legalidad de los comportamientos de la Administración Pública, del que puede resultar la invalidación de actos ilegales, el orden para cumplimiento de competencias vinculadas y la indemnización de lesiones provocadas a la esfera jurídicamente protegida de los ciudadanos*.

45. Es importante poner de relieve que el art. 5º, inc. XXXV, de la Constitución Federal, acoge no sólo la tutela jurisdiccional *represiva*, sino también la tutela jurisdiccional *preventiva* de los derechos subjetivos, al referirse explícitamente a la "amenaza a derecho"<sup>44</sup>.

46. Otro punto que merece ser considerado es el relativo a los *derechos susceptibles de protección judicial*. Conforme enseña el maestro CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ante la unidad de jurisdicción que rige en el Brasil, no hay que cogitar de la noción de *interés legítimo*, importada por algunos, de modo disparatado, del Derecho Italiano<sup>45</sup>. Se debe, según el destacado profesor, ampliar la noción vetusta de derecho subjetivo, descendente del Derecho Privado, para que se torne comprensiva del universo de relaciones del Derecho Público. Así, se tratará de derecho subjetivo, ergo sindicable, cuando: "(a) la ruptura de la legalidad cause al administrado un agravio personal del cual estaría libre si fuera mantenido íntegro el orden jurídico o (b) le sea sustraída una ventaja a la que accedería o a la que pretendería acceder en los términos de la ley y de la cual personalmente disfrutaría, o a la que le cabría el derecho de disputar si no hubiera ruptura de la legalidad, *nade importando que la ilegalidad argumentada alcance a uno o a un conjunto de individuos conjuntamente afectados, por encontrarse en la situación objetiva y abstracta*".<sup>46</sup>

47. Nos resta ahora una brevísima compilación de las acciones judiciales concebidas específicamente para el combate de las acciones y omisiones antijurídicas de la Administración Pública. Son: el *habeas corpus*, el "mandado de segurança" individual o colectiva, el *habeas de lata*, el "mandado de injunção", la acción popular, la acción civil pública y la acción directa de inconstitucionalidad, por acción u omisión.

48. El *habeas corpus* es un remedio constitucional previsto en el art. 5º, inc. LXVIII, de la Constitución, aplicable siempre que alguien sufra o se encuentre bajo amenaza de sufrir

42 *Causalidade e relação no Direito*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 190.

43 *Los efectos de la sentencia judicial transitada en juzgado son inmutables, por fuerza de la garantía constitucional de la cosa juzgada, prevista en el art. 5º, inc. XXXVI*, de la Constitución Federal.

44 BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

45 Op. cit., p. 906. Así también el profesor Cândido Rangel Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed. Malheiros, 2002, p. 863).

46 Op. cit., p. 907.

violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder.

49. El "*mandado de segurança*", *individual o colectivo*, constituye acciones constitucionales puestas a la disposición de los titulares de derecho líquido y cierto, violado o bajo la amenaza de violación, por acto de autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones de Poder Público<sup>47</sup>.

50. El "*mandado de injunção*" es una garantía constitucional instituida en el art. 5º, inc. LXXI, de la Constitución, accionable por quien se encuentre impedido de disfrutar de derechos y libertades constitucionales y prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía, por la falta de norma reguladora. Se realiza, *en el caso concreto*, el derecho, libertad o prerrogativa postulados.

51. El *habeas data* consiste en remedio constitucional destinado a asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, constantes de registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público o para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso sigiloso, judicial o administrativo<sup>48</sup>.

52. La *acción popular*, a su vez, prevista en el art. 5º, LXXII, de la Constitución, es el instrumento judicial puesto a la disposición de cualquier ciudadano para invalidar acto lesivo al patrimonio público o de entidad de que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural. También en los términos constitucionales, salvo comprobada mala fe, el autor popular estará exento de costas judiciales y de la carga de la derrota<sup>49</sup>.

53. La *acción civil pública*, referida en el art. 129, III, de la Constitución, es una acción judicial adecuada, en los términos del art. 1º de la Ley 7.347/85, para reprimir o evitar daños al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, por infracción del orden económico y de la economía popular, al orden urbanístico o, finalmente, cualquier otro interés difuso o colectivo.

La legitimidad para proponer la acción civil pública está confiada al Ministerio Público; a la Defensoría Pública; a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios; a la autarquía, empresa pública, fundación o sociedad de economía mixta; y a la asociación que, concomitantemente, esté constituida con un año al menos de antelación en los términos de la ley civil y que incluya, entre sus finalidades institucionales, la protección al medio ambiente, al consumidor, al orden económico, a la libre competencia o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico (art. 5º de la Ley 7.347/85).

54. Finalmente, tenemos la *acción directa de inconstitucionalidad* prevista en el art. 102, inc. II, de la Constitución, que puede ser propuesta ante acción u omisión del Poder Público. La acción directa de inconstitucionalidad por acción aspira a la invalidación de ley o *acto normativo*, mientras que la acción directa de inconstitucionalidad por omisión se destina al reconocimiento judicial de omisiones inconstitucionales en el ejercicio de

47 El "*mandado de segurança*" está actualmente disciplinado en la Ley 12.016/2009.

48 El *habeas de lata* está regulado por la Ley 9.507/97.

49 La acción popular está regulada por la Ley 4.717/65.

competencias normativas, con la ciencia del Poder omiso para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días (art. 103, § 2º, de la Constitución).

## Bibliografía

- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, Dezembro/Janeiro/Fevereiro, 2008. Disponible en la internet: [www.direitodelestadel.con.br/rere.asp](http://www.direitodelestadel.con.br/rere.asp). Acceso el 17 de noviembre de 2011.
- BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed. Malheiros, 2002.
- FERRAZ, Anna Cândida de la Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder*. Madrid: Civitas, 1983.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Navarra: Arazandi, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- VALENTE, Luiz Costa de la Cunha. *A hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1939.
- VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ZANCANER, Gabriela. *As competências legislativas e as comissões parlamentares*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.