



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ricardo Affonso Ramos

**O Tribunal de Contas no combate à corrupção: *accountability* pública e as
perspectivas políticas**

Rio de Janeiro

2020

Ricardo Affonso Ramos

O Tribunal de Contas no combate à corrupção: *accountability* pública e as perspectivas políticas



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.
Linha de Pesquisa: Direito da Cidade.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª Vânia Siciliano Aieta

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R175 Ramos, Ricardo Affonso.
O Tribunal de Contas no combate à corrupção: accountability pública e as perspectivas políticas / Ricardo Affonso Ramos - 2020.

233 f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vânia Siciliano Aieta.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Brasil. Tribunal de Contas - Teses. 2. Corrupção - Teses. 3. Direito da Cidade - Teses. I. Aieta, Vânia Siciliano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 336.1

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ricardo Affonso Ramos

O Tribunal de Contas no combate à corrupção: *accountability* pública e as perspectivas políticas

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.
Linha de Pesquisa: Direito da Cidade

Aprovada em: 26 de março de 2020.

Banca examinadora:

Prof^a. Dr^a. Vânia Siciliano Aieta (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Queiroz

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Luis Antônio Cunha Ribeiro

Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Augusto Eduardo Miranda Pinto

Instituto Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÒRIA

Dedico este trabalho à minha família,
por toda solidariedade e pelo porto seguro,
mesmo diante da minha constante ausência ao longo dos últimos anos.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, ao corpo docente, discente e todos os colabores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ-PPGD, que representa a excelência do ensino público no Brasil, mesmo diante de tantas adversidades. Foram dois anos de engrandecimento pessoal e profissional em um ambiente rico e plural de debates. Uma experiência enriquecedora que recomendo a todos.

Esse trabalho só foi possível pelo voto de confiança que me foi dado pela Professora Dra. Vânia Siciliano Aieta. Sou muito grato por todo apoio e estímulo, sem os quais sequer teria cogitado ingressar no PPGD. Agora, é uma honra estar em fase de conclusão sob a sua orientação. Não tenho palavra para agradecer e para expressar a felicidade por hoje tê-la como amiga.

Agradeço também aos membros da banca pela participação. Ao Prof. Dr. Luiz Antônio, agradeço pela disponibilidade, especialmente em um momento tão tortuoso no Brasil. Ao Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota, meu profundo agradecimento pelo apoio quando do início deste programa, ministrando as primeiras aulas sobre o Direito da Cidade. Muito me honra a composição de uma banca tão qualificada.

Por fim, jamais poderia deixar de agradecer a pessoa que me apresentou a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro: Dr. Hormindo Bicudo Neto. Jamais esquecerei a oportunidade que me surgiu, quando eu ainda era um recém concursado na administração estadual. Foi através das oportunidades que me ofereceu que me descobri um amante da gestão pública e de todos os desafios que ela impõe. Esse amigo que a vida me deu é, sem dúvidas, parte integrante deste trabalho e aqui tentei colocar ao menos parte das descobertas e irresignações que tanto debatemos na labuta diária.

RESUMO

RAMOS, Ricardo Affonso. *O Tribunal de Contas no combate à corrupção: accountability pública e as perspectivas políticas*. 2020. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente trabalho tem como objetivo central analisar a *accountability* democraticamente exercida pelos Tribunais de Contas e a influência que a atuação dessa função constitucional apresenta na vida política das cidades. A *accountability* é o exercício da fiscalização e da responsabilização do Poder Público. Trata-se de um instrumento de controle que é imposto a todo agente público que, por consequência da conformação do Estado Democrático de Direitos, deve prestar contas do poder confiado pelos cidadãos. A *accountability* pode se dar de maneira vertical, quando os cidadãos avaliam a condução da coisa pública e vão às urnas eleitorais para expor a sua decisão democrática de confiar, revogar ou estender o mandato político de determinado agente público. Por sua vez, a *accountability* pode se dar de maneira horizontal, quando Instituições Superiores de Controle são criadas para fiscalizar a condução da gestão pública. Dentre essas Instituições Superiores de Controle temos os Tribunais de Contas, responsável pelo controle externo da atividade administrativa, grande objeto de pesquisa deste trabalho, especialmente sob a ótica da atuação destas instituições no combate à corrupção. O Sistema Nacional de Tribunais de Contas, tal qual estruturado na Constituição Federal, se utiliza de um vasto conjunto normativo para o exercício de suas atribuições constitucionais, até porque variadas são as áreas temáticas que se submetem ao seu controle. Isto posto, prestigia-se nesta pesquisa a análise de normas gerais e abstratas que visam dar contornos mais seguros à atuação da controladoria externa, tal como os princípios jurídicos, regras orçamentárias e Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. No seu feixe de atribuições, sem dúvidas, a que mais chama atenção é a capacidade de *enforcement* das suas medidas de controle e punição por atos de corrupção através da aplicação de sanções aos agentes públicos. Ocorre que a aplicação de certas sanções extrapola o universo estritamente técnico da Administração Pública e esbarra na dinâmica político-social das cidades. Este trabalho faz um recorte para tratar de algumas dessas ocorrências que o exercício da *accountability* horizontal produz nas cidades, como a necessidade de reorganização administrativa em momentos de crise, o controle de políticas públicas, o combate à corrupção e a inelegibilidade eleitoral. Desta forma, como instituição de combate à corrupção na Administração, inevitavelmente os Tribunais de Contas acabam por influenciar politicamente a condução e gestão da coisa pública.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Corrupção. Accountability. Direito da Cidade. Governança.

ABSTRACT

RAMOS, Ricardo Affonso. *The Government Accountability Office and the fight against corruption: democratic accountability and political aspects*. 2020. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

The main objective of this paper is to analyze the accountability democratically exercised by the Government Accountability Offices and the influence that the performance of this constitutional function has on the political life of cities. Accountability is the exercise of inspection and accountability by the Public Power. It is an instrument of control that is imposed on every public agent who, as a result of the formation of the Democratic State of Rights, must account for the power entrusted by citizens. Accountability can occur in a vertical way, when citizens evaluate the conduct of public affairs and go to the polls to expose their democratic decision to trust, revoke or extend the political mandate of a certain public agent. In turn, accountability can occur horizontally, when Superior Control Institutions are created to oversee the conduct of public management. Among these Supreme Audit Institutions we have the Government Accountability Offices, responsible for external control of administrative activity, a major object of research in this work, especially from the perspective of the performance of these institutions in the fight against corruption. The National System of Government Accountability Offices, as structured in the Federal Constitution, uses a vast set of norms for the exercise of its constitutional attributions, not least because the thematic areas that are subject to its control are varied. That said, in this research the analysis of general and abstract norms that aim to give more secure contours to the performance of the external controllership, such as the legal principles, budgetary rules and the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law, takes precedence. In its range of attributions, without a doubt, the one that most calls attention is the ability to enforce its control and punishment measures for acts of corruption through the application of sanctions to public agents. It so happens that the application of certain sanctions goes beyond the strictly technical universe of Public Administration and comes up against the political-social dynamics of cities. This work makes a cut to address some of these occurrences that the exercise of horizontal accountability produces in cities, such as the need for administrative reorganization in times of crisis, the control of public policies, the fight against corruption and electoral ineligibility. In this way, as an institution to fight corruption in the Administration, the Government Accountability Offices inevitably end up politically influencing the conduct and management of public affairs

Keywords: Government Accountability Offices. Corruption. Accountability. Right to the City. Governance.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|----|
| | INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 | O PERÍMETRO DA CORTE DE CONTAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL | 13 |
| 1.1 | Postulados fundantes do Estado democrático de direitos e a <i>accountability</i> pública | 13 |
| 1.2 | O direito fundamental à boa administração pública | 24 |
| 1.2.1 | <u>Direito à boa administração pública como categoria autônoma reconhecida no cenário internacional</u> | 27 |
| 1.2.2 | <u>O direito fundamental à boa administração pública e seus contornos jurídicos no direito brasileiro</u> | 31 |
| 1.2.3 | <u>Governança Pública e a imperiosa necessidade de sistemas de controle</u> | 34 |
| 1.3 | Desenho institucional dos Tribunais de Contas na Constituição Federal Brasileira | 38 |
| 1.3.1 | <u>Os Tribunais de Contas do Brasil como Instituições Superiores de Controle</u> | 39 |
| 1.3.2 | <u>Sistema nacional do Tribunal de Contas: a organização federal do controle externo</u> | 45 |
| 1.3.3 | <u>O Tribunal de Contas independente e autônomo em um cenário de tripartição de poderes</u> | 49 |
| 1.4 | A função e as competências dos Tribunais de Contas | 53 |
| 1.5 | Composição técnico-política: a escolha dos seus membros | 65 |
| 1.5.1 | <u>Composição e processo de escolha dos seus membros</u> | 67 |
| 1.5.2 | <u>Garantias e prerrogativas protetivas ao exercício da controladoria externa</u> | 71 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 1.5.3 | <u>Legitimidade na atuação dos Tribunais de Contas.....</u> | 74 |
| 2 | CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONJUNTO NORMATIVO DISPONÍVEL AOS TRIBUNAIS DE CONTAS..... | 80 |
| 2.1 | Os princípios jurídicos no processo de tomada de decisão na Administração Pública..... | 81 |
| 2.1.1 | <u>Os princípios lógicos supremos e o limite racional à atuação dos Tribunais de Contas.....</u> | 82 |
| 2.1.2 | <u>Os princípios jurídicos e o neoconstitucionalismo.....</u> | 86 |
| 2.1.3 | <u>Crítica ao uso excessivo de princípios no controle da Administração Pública.....</u> | 90 |
| 2.2 | O orçamento público entre o constitucionalismo dos desejos e a tutela dos direitos fundamentais..... | 93 |
| 2.2.1 | <u>O constitucionalismo dos desejos e o custo dos direitos.....</u> | 94 |
| 2.2.2 | <u>O deve de planejar o orçamento público.....</u> | 100 |
| 2.2.3 | <u>Os Tribunais de Contas e o controle orçamentário.....</u> | 107 |
| 2.3 | As técnicas de decisão no juízo de contas e a análise consequencialista da governança pública..... | 110 |
| 2.3.1 | <u>O advento da Lei federal nº 13.655/2018: a Nova Lei de Introdução às Normas de Direito.....</u> | 112 |
| 2.3.2 | <u>A Lei da Segurança para Inovação Pública: governança pública e o consequencialismo das decisões.....</u> | 117 |
| 2.4 | O direito sancionatório no âmbito dos Tribunais de Contas..... | 128 |
| 2.4.1 | <u>Sanções passíveis de aplicação pelo Tribunal de</u> | 129 |

| | | |
|-------|---|-----|
| | <u>Contas.....</u> | |
| 2.4.2 | <u>Os postuladores da proporcionalidade e da razoabilidade.....</u> | 136 |
| 2.4.3 | <u>O Tribunal de Contas razoável, propositivo e dialógico.....</u> | 140 |
| 3 | A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: REFLEXOS NO FENÔMENO DA CIDADE..... | 146 |
| 3.1 | Políticas orçamentárias em tempo de crise..... | 147 |
| 3.1.1 | <u>Reorganização institucional e restrições financeiras que afetam a cidade.....</u> | 149 |
| 3.1.2 | <u>Novas propostas orçamentárias em tempo de crise: primeiras considerações acerca da reforma administrativa.....</u> | 157 |
| 3.1.3 | <u>Notas acerca do controle exercido pelos Tribunais de Contas em momentos de crise.....</u> | 162 |
| 3.2 | Controle de contras entre a discricionariedade e a vinculação: governança pública de resultados..... | 167 |
| 3.2.1 | <u>Considerações teóricas acerca da discricionariedade e da vinculação.....</u> | 168 |
| 3.2.2 | <u>Cenário jurídico-institucional prevalente no controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas.....</u> | 172 |
| 3.2.3 | <u>Limites ao exercício do controle externo e a Administração Pública de resultados.....</u> | 179 |
| 3.3. | O Tribunal de Contas no combate à corrupção..... | 185 |
| 3.3.1 | <u>A dificuldade em conceituar o ato de corrupção.....</u> | 186 |
| 3.3.2 | <u>Accountability e compliance na Administração Pública.....</u> | 190 |
| 3.3.3 | <u>O papel da controladoria externa no combate à</u> | 197 |

| | | |
|-------|--|-----|
| | <u>corrupção</u> | |
| 3.4 | A relação entre <i>accountability</i> horizontal e a <i>accountability</i> vertical: considerações acerca do reflexo horizontal | 202 |
| 3.4.1 | <u><i>Accountability</i> vertical e a soberania popular</u> | 204 |
| 3.4.2 | <u>Limites normativos à soberania popular</u> | 207 |
| 3.4.3 | <u>Inelegibilidade por rejeição de contas: interseção entre a <i>accountability</i> horizontal e a <i>accountability</i> vertical</u> | 212 |
| | CONCLUSÃO | 218 |
| | REFERÊNCIAS | 222 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as consequências políticas inerentes a atuação do Sistema Nacional do Tribunal de Contas. Sabe-se que os Tribunais de Contas são instituições de controle cuja natureza autônoma e independente, com assento constitucional, permitem o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Poderes. Interessante notar que, apesar de exercer o controle externo da Administração Pública em auxílio ao Poder Legislativo, os Tribunais de Contas possuem também competências próprias que podem/devem ser executadas autonomamente.

A criação de Instituições Superiores de Controle – tal qual os Tribunais de Contas – é a maneira mais difundida em Estados Democráticos para o exercício da *accountability* pública. Por *accountability* compreende-se o dever de prestar contas do agente público, que deve ser fiscalizado e eventualmente responsabilizado pelo mau uso da coisa pública. O Sistema Nacional de Tribunal de Contas possui, por sua própria conformação constitucional, especial valor no controle da boa governança pública, uma vez que atua no âmago da corrupção, que é justamente o dispêndio financeiro.

Dada a sua expertise e a sensível área de atuação, os Tribunais de Contas vêm cada vez mais ganhando notoriedade no cenário político-administrativo das cidades. Até então uma Instituição pouco conhecida fora do universo dos administradores públicos, a atividade da controladoria externa aos poucos entra nos diários jornalísticos em virtude dos alertas e sanções que protagoniza sob o discurso do combate da corrupção. De fato, a imperiosa necessidade de impedir os efeitos corrosivos decorrentes do ato de corrupção alçou o papel dos Tribunais de Contas a uma posição central da práxis administrativa. O problema é que o poder exercido por vezes extrapola o limite constitucional, sob a profética justificativa de combate a corrupção e, conforme tenta-se demonstrar, as sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas geram diretos reflexos na vida política da cidade, ainda que se preserve o discurso do órgão possuir competência estritamente técnica.

Tendo em vista essas considerações, a hipótese de que parte esta dissertação é que a atuação dos Tribunais de Contas enseja reflexos na condução da vida política das cidades. Mesmo que o exercício da *accountability* horizontal ocorra dentro do perímetro constitucional de órgão de natureza estritamente técnica – e mais ainda quando invade competência do mandatário político – as atribuições dos Tribunais de Contas irão tangenciar e/ou imiscuir na

condução da gestão política dos responsáveis pelas decisões administrativas que visem o interesse público.

A literatura e a análise de alguns casos concretos apontam para que o Tribunal de Contas, de fato, revela-se um órgão eminentemente técnico e assim pretende-se justificar a sua variedade de feixe de atribuições. No entanto, no exercício do seu mister, influenciam diretamente na condução da coisa pública, interferindo na reorganização institucional, na definição de políticas pública e especialmente na escolha dos cidadãos que buscam ser eleitos para legitimamente conduzir a gestão da pública. Sob o recorrente e desenfreado discurso de combater a corrupção, testam-se os limites constitucionais da *accountability* democrática, motivo pelo qual julga-se pertinente revisitar o tema.

A metodologia utilizada para verificar a validade da hipótese consiste na revisão bibliográfica sobre o tema, procedendo com a dicotomia entre a norma e documentos públicos. De maneira elucidativa são utilizados alguns casos concretos que demonstram a validade do que a bibliografia visitada sugere.

Para conduzir a investigação, a tese encontra-se dividida em três capítulos. No primeiro, será analisada a construção do Estado Democrático de Direitos no Brasil e como os princípios democráticos fundamentais da República brasileira importam na necessidade de instrumentos de *accountability* pública para garantir a boa administração pública. Como instrumento desta *accountability*, a Constituição Federal traz os contornos institucionais do Sistema Nacional de Tribunais de Contas, Instituições Superiores de Controle vocacionadas ao exercício do controle externo dos poderes. Assim, no primeiro capítulo busca-se apresentar o perímetro constitucional de atribuições dos Tribunais de Contas e a sua organização institucional.

O capítulo 2 avança na análise das principais normas utilizadas pelos Tribunais de Contas no exercício da *accountability* pública. Forçoso reconhece que, devido a diversidade de sua atuação, o corpo técnico dos Tribunais de Contas lida diuturnamente com variedades espécies normativas atreladas aos múltiplos temas que são submetidos à sua análise. Neste cenário, opta-se por um recorte temático voltado à normas de natureza geral e abstrata que dão o tom do que é o próprio exercício da controladoria externa.

O terceiro capítulo aprofunda temas tratados diuturnamente pelos Tribunais de Contas que tangenciam a condução política da cidade. O exercício do controle orçamentário em tempos de crise, a eterna dicotomia entre os limites do poder vinculado e poder discricionário, a efetiva atuação no combate a corrupção e a inelegibilidade eleitoral por conta de sanção aplicada pelos Tribunais de Contas dão o contorno do último capítulo.

Os resultados verificados indicam que a hipótese do trabalho foi integralmente confirmada. A principal constatação da dissertação é que, mesmo que no estrito exercício de sua atribuição constitucional, os Tribunais de Contas, vocacionados a exercer um controle estritamente técnico das despesas públicas, acabam por se imiscuir e influenciar em decisões políticas e soberanas dos cidadãos e dos seus representantes.

1 O PERÍMETRO DA CORTE DE CONTAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Os Tribunais de Contas são instituições superiores de controle voltadas à controladoria externa da atividade estatal, verificando a correição das contas e gastos públicos, impondo o dever constitucional de boa administração pública por parte dos gestores. Apesar de sua atuação eminentemente técnica, a sua esfera de competência tangencia, a todo momento, aspectos políticos da cidadania, sendo certo que questionamentos acerca de limites e legitimidade do seu atuar fazem parte das críticas e elogios que se submetem às suas decisões.

Para a melhor avaliação dos contornos jurídico-políticos da atuação do Tribunal de Contas é preciso verificar os seus contornos e a delimitação em um Estado Democrático de Direitos, isto é, o perímetro constitucional do órgão de controle conforme o regramento da Constituição Federal. A origem e os fundamentos institucionais desse órgão, bem como o direito fundamental que ele busca realizar e que assim lhe confere a devida legitimidade, serão explorados nesta seção.

1.1 Postulados fundantes do Estado democrático de direitos e a *accountability* pública

A correta compreensão dos contornos jurídicos e as implicações práticas da formação de um Estado democrático de direitos passam necessariamente pelo estudo dos alicerces históricos dessa nova forma de representação de poder e pelos fundamentos teleológicos da instituição de regimes democráticos.

Como aponta o mestre Paulo Bonavides (2012, p. 115) em sua ciência política, o Estado consiste em uma representação do poder, o que “representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”. Essa energia básica pode ter natureza de poder de fato, quando o elemento coercitivo e a força são a nota de dominação material ou então a natureza de um poder de direito quando busca sua base de apoio mais na sua competência institucional e no consentimento dos governados.

A formação do Estado Moderno passa justamente pelo processo de transição de um poder de fato a um poder de direito, isto é, o processo de despersonalização do poder,

passando-o de uma pessoa para uma instituição, de um poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo (BONAVIDES, 2012, p. 115).

A fluidez que sai do exercício da força e vai até o consentimento é a transição da formação dos Estados na antiguidade até o Estado Moderno como hoje é concebido.

O Estado, na antiguidade, é o fenômeno da cidade como condensação de todos os poderes. Da cidade se irradiam as dominações através do poder e da força. O apogeu de verdadeiros impérios formados a partir de cidades, como Tebas, Esparta e, claro, Roma são a “imagem eloquente do Estado Antigo com sua geografia política urbana, sua concentração personificada no poder, sua forma de autoridade secular e divina expressa na vontade de um titular único – o faraó, o rei o imperador – de quem cada ente humano, cada súdito, é tributário” (BONAVIDES, 2018, p. 40).

Com a queda dessas hegemonias, a Idade Média cristã assistiu à derrocada e ao deserto de ideias que deram espaço ao feudalismo. Nessa fase, o único poder que invocava autoridade mais ampla era a Igreja Católica e, a partir do século X, o Sacro Império Romano-germânico. O contexto é de que “atomização do mando político marcou o período feudal, no qual as relações de poder se estabeleciam entre o dono da terra e seus vassallos, restando a autoridade mínima para o rei, duques e condes (BARROSO, 2011, p. 30).

O Estado Moderno nasce nos idos do século XV sobre as ruínas do feudalismo que não mais atende aos interesses e necessidades integrativas. Nasce circunstancialmente com natureza absolutista, com seus monarcas imbuídos de um poder divino e religioso. Posteriormente, em especial com o iluminismo do século XVIII que abre a revolução da razão, até para a consolidação e permanência da força unitária estatal, “o poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal” (BARROSO, 2011, p. 31).

A soberania é até hoje o traço mais característico e constitutivo da formação do Estado, a ponto de a doutrina afirmar de maneira peremptória que “não há Estado sem poder. Este é a emanação da soberania. É nota tipificadora do Estado” (TEMER, 2008, p. 119).

A soberania é o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, construído sobre uma sólida doutrina¹ de um poder inabalável e inexpugnável, cuja autoridade central e

¹ Neste ponto, cabe um parêntese. A expressão “Estado” foi alcunhada por Maquiavel em sua célebre obra *O Príncipe*, mas foi apenas consagrada muito tempo depois como “dado estabilizador e legitimante do conceito que unicamente a face jurídica lhe havia de ministrar para associá-lo, em definitivo, à instituição nascente, ou, o Estado, definido já em seus elementos constitutivos e positivado num sistema de organização permanente e duradoura” (BONAVIDES, 2018, p. 43).

unitária é monopolizadora da coerção, e dele se irradiam todas as competências e atribuições governativas. Como visto, em um primeiro momento, a autoridade soberana reside no absolutismo (a pessoa do governante, do monarca ou do príncipe), para depois se prender a uma instituição visível e manifesta, porém despersonalizada, que é o Estado propriamente dito. A sacralidade da soberania que levanta os pilares do Estado Moderno que era Estado da soberania ou do soberano absolutista passa a ser o Estado da nação ou do povo (BONAVIDES, 2018, p. 42).

Os primeiros Estados constitucionais cristalizaram-se justamente ao redor da noção de povo, a ideia-força que ilumina o caminho para a criação definitiva de um sistema democrático de poder e que, ao mesmo passo, inspira a concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, o povo, como símbolo da constância e perpetuidade, é feito de “mola e impulso de ações revolucionárias que alteram profundamente a substância e o caráter do Estado Moderno, tendo por epílogo a passagem do Absolutismo ao Constitucionalismo” (BONAVIDES, 2018, p. 47).

Essas ações revolucionárias ocorrem por destaque no Reino Unido, Estados Unidos e França, sendo esta última produtora de consideráveis referenciais teóricos e do formalismo que influencia inclusive a formação do Estado brasileiro como tal. Nesse cenário revolucionário, o constitucionalismo tem como premissas justamente a consensualidade e a despersonalização necessárias da passagem do poder de fato ao poder de direito. Serve também a constituição como “um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados” (BARROSO, 2011, p. 68).

Portanto, nessa nova formação visível e institucional do Estado Moderno constitucional “o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições.” (BONAVIDES, 2018, p. 48). Temos aqui a plenitude do Estado como poder de direito.

O Estado constitucional passa por três modalidades² – não excludentes e não necessariamente sucessivas – que são centrais à proposta desta pesquisa acadêmica: o Estado

² Utiliza-se como referencial teórico a obra de Paulo Bonavides (2018). Diferentes autores apresentam outros marcos teóricos em sua própria classificação. Para fins desta pesquisa, o mais relevante não é propriamente a pontuação do momento do constitucionalismo, mas sim a nova base teórica que ele propõe na conformação de Estado constitucional.

liberal que traz a separação de poderes, o Estado de direitos fundamentais e sociais e o Estado democrático-participativo.

A teoria clássica da separação de poderes que repercute com a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, foi o princípio fundamental da organização política liberal, o traço marcante na formação dos Estados de Direito nos Estados Unidos e na França. O modelo pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional, o que vem consubstanciar a divisão entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (FERREIRA FILHO, 2014, p. 162). Ainda que o poder estatal seja uno, a divisão conforme suas funções, conferindo cada qual a um órgão especialmente vocacionado a tal atividade, serve ao controle recíproco desses órgãos e a constituição de uma vontade geral (TEMER, 2002, p. 120).

O princípio da separação de poderes tem por objeto impor raia ao arbítrio do governante de forma a prevenir a concentração de poderes em um só ramo da autoridade política. Trata-se de “fórmula imperecível e alicerce jurídico do Estado de Direito Constitucional, porquanto não há Direito nem Justiça onde não se estabelecem limites à autoridade de quem governa” (BONAVIDES, 2018, p. 51).

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – cada qual no exercício típico da função que lhe dá o nome – formam, de maneira independente e harmônica, o Poder estatal indivisível, que representa a vontade geral e não mais a de um único indivíduo, por meio de um sistema de freios e contrapesos cujo objetivo liberal é submeter o governante à limites normativos previamente estabelecidos, em especial os direitos individuais, civis e políticos.

Assim, o valor da sistematização final da repartição de poder na doutrina de Montesquieu

está na proposta de um sistema onde cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos freios e contrapesos a que alude a doutrina americana (TEMER, 2002, p. 121).

Nunca imune a críticas científicas e sempre em desenvolvimento no constitucionalismo contemporâneo, está posto assim, como um dos pilares de “sustentação e reconhecimento, a concepção clássica do princípio da separação de Poderes, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio” (BONAVIDES, 2018, p. 51).

Em um segundo momento, esse Estado constitucional liberal, devidamente preocupado com a separação de poderes e com a garantia de direitos individuais liberais,

passa a se preocupar com questões distintas, até porque a liberdade já se havia por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais. Volta-se, então, ao valor da justiça como anseio e valor social superior, que ainda estava longe de alcançar o mesmo grau de inserção e concretização (BONAVIDES, 2018, p. 54).

Nesse novo cenário que se propõe, desponta, então, um modelo de Estado constitucional em que o teor social das instituições se torna-se a nota predominante. Ensina o professor Luís Roberto Barroso que do Estado constitucional de direitos

já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada as pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população (BARROSO, 2011, p. 88).

Portanto, no Estado constitucional de direitos fundamentais, o binômio justiça/liberdade torna-se, de imediato, “o pedestal do Estado constitucional dos direitos fundamentais. É um considerável avanço, mas não é o termo da jornada” (BONAVIDES, 2018, p. 54).

Em um terceiro momento do constitucionalismo nos Estados Modernos, Paulo Bonavides (2018, p. 60) apresenta a sua concepção da democracia-participativa como um direito de quarta dimensão, um Estado constitucional ainda a ser realizado. O “Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça”. O objetivo aqui é garantir efetivamente a soberania da Constituição, já que é nela que repousam os princípios e valores de um povo. Nesse toada, a “soberania do Estado Moderno quanto Estado da Democracia participativa não há de ser outra senão a soberania constitucional, a forma mais avançada, ilustrativa, fiel e legítima da vontade popular expressa na lei das Leis” (BONAVIDES, 2018, p. 61).

Concorda-se com a proposta do mestre Paulo Bonavides: há muito ainda a se evoluir na conformação de um Estado Democrático. Agora, no que consiste esse postulado da democracia que se propõe e como efetivá-lo no Estado brasileiro?

A professora Vânia Aieta (2006, p. 8) ensina que a primeira grande fonte de afirmação da democracia política ocorreu na supracitada Revolução liberal ocorrida no Reino Unido, sendo certo que a *Magna Carta Libertatum*, de 1215, conferiu um papel importantíssimo no desenvolvimento das liberdades públicas em virtude da limitação imposta ao poder real. O ideal que ali surgia acompanhou todo o desenvolvimento da própria concepção do Estado e do

constitucionalismo moderno (acima exposta) até os contornos que a doutrina hoje aponta como princípio democrático.

Paulo Bonavides (2018, p. 331), ao traçar os alicerces históricos do avanço da democracia, ressalta que o emprego correto do conceito e a sua variação de modalidades fica explicitado pelo conteúdo ideológico, ou seja, por um sistema coerente de ideais e crenças.

No entanto, através das lições de Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 145), é possível traçarmos elementos fundamentais inerentes ao ideal moderno de democracia. A base deve ser sempre a noção de governo do povo, o que vem desde a Grécia antiga, apesar de novos contornos evolutivos e a sua dimensão em maior ou menor grau ao longo do constitucionalismo moderno (ressalva que se faz em plena consonância com o exposto também por Bonavides). Nesse paradigma, com a clareza que lhe é peculiar, Dallari (2011, p. 150) ensina:

Uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia, permite-nos indicar três pontos fundamentais:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários.

A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem interferência do Estado.

A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.

Percebe-se, portanto, uma clara dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. De fato, os direitos fundamentais constituem-se como pilares da realização do princípio democrático, “pois, concretamente, deflagram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da Democracia através da sua concatenação com o princípio da igualdade e o da participação política livre” (AIETA, 2006, p. 53). Assim, em um conagraçamento de ideias da professora Vânia Aieta e do professor português José Gomes Canotilho, apresenta-se a seguinte síntese do ideal democrático e suas consequências:

O princípio democrático alicerça-se em dois fundamentos funcionais da Democracia, que são os direitos subjetivos de participação e associação. Neste sentido, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade erguem um universo próprio de segurança em face das virtuais incidências de poder anti-democrático, configurando-se como verdadeiros legitimadores da Democracia ao assegurarem o seu exercício através da exigência de garantias de organização e processos transparentes de exercício do Poder como o atendimento ao princípio majoritário e subordinação do poder político às constituições e ao Direito Eleitoral infraconstitucional dos países (AIETA, 2006, p. 54).

A democracia, como elemento fundante do Estado, configura e legitima o povo/nação como titular do poder. Os governantes servem como meros representantes fictos da vontade popular, sendo certo que o próprio exercício da cidadania importa na participação nas diretivas do Estado.

Em consonância com esse sucinto cenário exposto, Paulo Bonavides (2012, p. 287) conclui em sua ciência política que “a palavra democracia domina com tal força a linguagem política desde o século XX, que raro o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamam democráticos”. O poder constituinte originário, manifestado na Assembleia Constituinte Nacional de 1988, não foi diferente e vaticinou o princípio democrático em nossa Constituição Federal, ao constituir em Estado democrático de direitos a República Federativa do Brasil.

As figuras do Estado democrático e do Estado de direitos possuem intrínseca relação.

Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se de um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais (BONAVIDES, 2018, p. 331).

Na mesma toada, interessante notar o *insight* da constitucionalista Vânia Aieta (2006, p. 56), que aponta a democracia não como forma, “mas sim como substância, pois a democracia é praticável tanto nos regimes republicanos como nos monárquicos, nos sistemas de governo presidencialistas como nos parlamentarias e diretoriais”.

Esses três pilares do constitucionalismo moderno são condições *sine qua nom* para a realização do trabalho que aqui se propõe. A separação de poderes que impõe o sistema de freios e contrapesos, a previsão normativa de direitos fundamentais que se concretizam por meio de uma boa administração pública e a concretização da democracia através de participação e controle do poder estatal pela população consistem em premissas teóricas para o que conhecemos hoje como Instituições Superiores de Controle, as quais verificam e responsabilizam a gestão de recursos públicos no que se refere à concretização de direitos fundamentais e à conformidade democrática.

No entanto, essas premissas inerentes ao Estado constitucional não são as únicas que dão substrato ao *accountability* na conformação constitucional brasileira. O constituinte originário adotou, para além dessas características do Estado democrático de direitos, a forma de governo republicano e o sistema presidencialista de governo, os quais configuram contornos próprios ao sistema de controle nacional brasileiro.

A forma de governo republicana, como ensina Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 226), traz um sentido muito próximo do significado de democracia, uma vez que indica a possibilidade de participação do povo no governo. O ideal republicano nasce em oposição às monarquias, forma em que a vitaliciedade, a hereditariedade e a irresponsabilidade do governante eram elementos marcantes da Europa absolutista.

Por sua vez, na república, forma de governo muito mais receptiva ao princípio democrático, temos os caracteres da temporariedade do chefe de governo, que recebe um mandato de tempo determinado, da eletividade desse mandatário que é escolhido diretamente através de participação popular, e da reponsabilidade política do agente eleito, o que quer dizer que ele deve prestar contas do seu mandato ao povo diretamente ou a um órgão de representação popular (DALLARI, 2011, p. 227).

No que se refere aos sistemas de governo, avalia-se a posição recíproca dos poderes e as suas relações no processo governamental. Explica Manoel Gonçalves (2014, p. 168) que “o que se chama juridicamente de sistema de governo nada mais é senão a marcha conjunta dos órgãos do Estado para atenderem aos fins deste, segundo as prescrições legais”.

O primeiro e mais célebre é o parlamentarismo (ao menos no Estado Moderno), que teve e ainda tem, no seu marco territorial, o Reino Unido. Nesse sistema, que decorreu naturalmente da limitação do poder monárquico, o então rei permanece na condição de chefe de Estado, representando aquele poder central, mas a chefia de governo e as decisões políticas são conduzidas pelo primeiro-ministro, membro do parlamento, que é quem de fato exerce o Poder Executivo (DALLARI, 2011, p. 232-233). A par de especificidades regionais, a separação institucional do chefe de governo e chefe de Estado, a imprevisibilidade do mandato do chefe de governo e a sua nomeação ocorrer diretamente pelo próprio parlamento são características peculiares ao parlamentarismo.

É sabido, no entanto, que esse não foi o sistema adotado no Brasil, que optou pelo presidencialismo sob forte influência da doutrina norte-americana.

O sistema presidencial consiste em uma “criação americana tendo resultado da aplicação das ideias democráticas, concentradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular, conjugadas com o espírito pragmático dos criadores do Estado norte-americano” (DALLARI, 2011, p. 237). A questão de fundo aqui era o horror dos americanos ao monarquismo e por isso buscavam uma proposta de aplicação máxima do sistema de freios e contrapesos inerente à doutrina da separação dos poderes. Aponta-se, como elogios ao sistema,

a força governativa que mais consulta os anseios da ordem, da autoridade, da conservação; que melhor se coaduna com o princípio federativo; que garante a estabilidade administrativa com os mesmos homens à testa do poder por períodos certos e determinados, trançando ao governo a continuidade de orientação que se alega faltar no parlamentarismo (BONAVIDES, 2012, p. 339).

Como elementos básicos do presidencialismo, temos primeiro a natureza unipessoal do chefe de Executivo, que concentra para si as funções de chefe de Estado e chefe de governo na figura do presidente da República. O segundo ponto é que o presidente da República é escolhido pelo povo entre candidatos que se propõem especificamente ao exercício deste cargo. A terceira característica é que o presidente cumpre um mandato com prazo determinado, não podendo ele permanecer indefinidamente no cargo e havendo possibilidade apenas excepcionalíssima de seu afastamento extemporâneo. Por fim, como um sistema que privilegia o sistema de freios e contrapesos e dá especial atenção ao poder Executivo, o presidente da República tem o poder de veto a uma gama de medidas editadas pelo poder Legislativo (DALLARI, 2011, p. 239-241).

Essa foi a forma e o sistema de governo provisoriamente previstos na Constituição Federal brasileira de 1988. Fala-se “provisoriamente”, pois o art. 2º do Ato de Disposições Transitórias da CFRB previa a realização de um plebiscito cinco anos após a promulgação da constituição, para que a população decidisse de maneira definitiva por república ou monarquia e presidencialismo ou parlamentarismo.

A vontade popular foi pela manutenção do regime delineado pelo poder constituinte originário, sendo a atual conformação do nosso Estado a de uma república presidencialista.

Cabe ressaltar que, a nosso sentir, esses dois postulados fundantes são alçados à categoria de cláusula pétrea implícita, sendo insuscetíveis ao poder de reforma constitucional mesmo não figurando expressamente como cláusula pétrea. Explica-se. O parágrafo quarto do art. 60 da constituição prevê as cláusulas pétreas constitucionais, normas que não podem ser deliberadas nem mesmo por meio de processo legislativo para edição de emenda constitucional. Dentre essas normas insuscetíveis ao poder de reforma não se encontram expressamente a república e o presidencialismo, justamente porque havia a previsão no ADCT da possibilidade de alteração das formas e sistemas de governo por força do plebiscito. Neste cenário, o professor Manoel Gonçalves Filho (2010, p. 116), sem se posicionar de maneira peremptória, enuncia que a interpretação mais cautelosa é de que a forma republicana, por exemplo, não deve ser alçada à dogma constitucional, uma vez que não se devem admitir limitações implícitas sempre que houver uma decisão inequívoca do constituinte sobre o que é imutável. Nessa toada, suscita-se que “o que não foi enumerado

pode ser mudado sem obstáculos jurídicos” e “realmente, pode-se presumir que o legislador constituinte escolheu entre o que merecia a proteção e pôs de parte certas matérias”, isto é, o que não foi enunciado, foi posto de lado como não essencial. De outro lado, o mestre Paulo Bonavides (2004, p. 202), ao exercer a sua hermenêutica constitucional por meio do princípio da unidade, expõe que não mais pode ser alterada a forma de governo, sendo certo que a oportunidade para tal alteração fora o plebiscito de 1993, quando a voz soberana do povo já se manifestara, configurando uma burla ao sistema constitucional propor uma emenda constitucional sobre a questão.

Veja que a citação de Paulo Bonavides diz respeito à imutabilidade da forma de governo, não do sistema de governo. No entanto, a *ratio* da petricidade da república é exatamente a mesma aplicável ao presidencialismo, motivo pelo qual é possível afirmar que o regime republicano presidencialista no Brasil possui natureza de cláusula pétrea.

Ademais, um adendo que aqui se faz a par dessa discussão doutrinária é que, ainda que a república e o presidencialismo não possuam natureza formal de cláusula pétrea, elementos que lhe são essenciais são, sim, insuscetíveis de poder de reforma. Forma federativa de Estado, primado do voto popular, separação de poderes e garantia de direitos individuais possuem estreita relação e servem como bases que solidificam a República Federativa do Brasil, as quais teriam sérias dificuldades de se adequarem a uma monarquia parlamentarista.

Pois bem. Todo esse arcabouço jurídico-político – separação de poderes, normatividade de direitos fundamentais, democracia, república e presidencialismo – importam no dever fundamental de *accountability* pública, o “conjunto de mecanismos e procedimentos que levam os decisores governamentais a prestarem contas dos resultados de suas ações, garantindo-se maior transparência e a exposição das políticas públicas” (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 82).

Por meio da separação de poderes, o que na verdade seria uma separação de funções, há, na estrutura governamental, um órgão especialmente voltado ao desenvolvimento das ações governamentais, no caso, o Executivo, e de outro lado um órgão especialmente voltado à fiscalização e controle das atividades estatais, no caso, o Legislativo. O conjunto de mecanismos e procedimentos do sistema de freios e contrapesos é o que dá fundamento constitucional à *accountability* como decorrência lógica desse sistema de fiscalização e controle.

A implementação de direitos fundamentais e as garantias das liberdades públicas passam pela constante avaliação da efetividade das políticas públicas e controle dos gastos

públicos. A transparência das ações governamentais é alçada a direito fundamental do cidadão que detém a prerrogativa de ele mesmo avaliar a gestão pública e influenciá-la..

Por conseguinte, o princípio democrático que traduz a participação ativa do cidadão é instrumentalizado através do direito à transparência que se impõe e do seu próprio direito ao voto. Sendo o povo o titular do poder, é dever do seu representante eleito a prestação de contas de sua gestão pública.

O regime republicano presidencialista, pela sua própria estrutura política, otimiza a implementação dos três postulados acima. A temporariedade e a eletividade do governo o submetem constantemente ao crivo popular. Como formas e sistemas de governo democráticos que privilegiam a firme e equilibrada separação de funções governamentais, sempre tendo em vista a implementação de direitos individuais no maior grau possível, a república e o presidencialismo têm em seu *core* o dever de prestar contas como a própria concretização da *accountability* pública.

Ensina a doutrina que “quanto maior a possibilidade de os cidadãos poderem discernir se os governantes estão agindo em função do interesse da coletividade e sancioná-los apropriadamente, mais *accountable* é um governo” (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 82), isto é, quanto mais equilibrado for o sistema de freios e contrapesos, maior a normatividade de garantias e direitos fundamentais, mais ativamente participativa a democracia em um sistema republicano e presidencialista, mais *accountable* será este Estado e governo.

De maneira bem clara, Anna Maria Campos (1990, p. 33) sintetiza as relações fundantes e o cenário político institucional aqui proposto

quando as atividades governamentais se expandem e aumenta a intervenção do governo na vida do cidadão, a preservação dos direitos democráticos requer um controle efetivo da cidadania organizada; uma sociedade desmobilizada não será capaz de garantir a *accountability*. O exercício da *accountability* é determinado pela qualidade das relações entre governo e cidadãos, entre burocracia e clientelas.

Essa *accountability* – como conjunto de procedimentos e mecanismos – pode ser trabalhada em duas acepções: horizontal e vertical.

A *accountability* vertical “emana mais propriamente da ciência política e articula-se como uma forma eleitoral de exercício do controle sobre a atuação e a *performance* de agentes públicos” (WILLEMANN, 2017, p. 52). Essa dimensão da *accountability* é notadamente ligada à ciência política e, em especial, ao princípio democrático. Como visto, Vânia Aieta (2006, p. 57) ensina que a organização política democrática é o que caracteriza constitucionalmente o princípio democrático, de forma que todos possam participar ativamente da construção da tomada de decisão pela sua livre expressão de vontade. No

momento do exercício do direito ao voto – o que nada mais é que o resultado de todo um conjunto de mecanismo e procedimentos de garantia de direitos e transparência – o cidadão realizará a sua própria avaliação da prestação de contas das atividades governamentais do eleito ou ao que se propõe a tanto.

Por sua vez, a *accountability* horizontal “lhe é complementar e integra a rotina de administração pública em geral”. Trata-se de controle estável e permanente, que corre ao lado e dá subsídios ao juízo a ser exercido no momento eleitoral. Como os processos eleitorais ocorrem em períodos variáveis, a maior parte dos países “concebem instituições estatais incumbidas de monitorar e exercer o controle sobre a atuação de todos aqueles que conduzem assuntos de interesse público” (WILLEMAN, 2017, p. 52).

Veja que, nos dois planos, em maior ou menor grau, há sempre uma responsabilidade política envolvida. Mesmo na *accountability* horizontal, há o claro objetivo de controle político, ainda que não se vise à sua substituição.

Destaca-se que, neste perímetro constitucional de conformação jurídica, despontam ainda dois conceitos que são fundamentais especialmente a esse exercício de *accountability* horizontal democrática, os quais serão aprofundados ao longo deste trabalho, mas desde logo se apresentam os seus conceitos.

Dentre esse conjunto de processos e mecanismos há, como já exposto, um dever inerente de prestação de contas por parte dos agentes públicos. A doutrina alcunhou essa obrigação de *answerability*, compreendendo-a como a “sujeição de todo aquele que exerce alguma parcela de poder político a exigências de transparência e motivação” (WILLEMAN, 2017, p. 49).

Devidamente prestadas as contas dos gestores públicos e fiscalizadas pelos órgãos competentes, é necessária a responsabilização de tais agentes em casos de desvios de condutas. Como consequência prática dos postulados fundantes e dentro desse universo de *accountability* pública, temos o *enforcement*, que é a capacidade de as agências de *accountability* aplicarem sanções aos agentes que tenham violado seus deveres públicos ou valorizarem e premiarem as boas posturas administrativas (WILLEMAN, 2017, p. 49).

Nesse cenário, os tribunais de contas, como instituições superiores de controle, atuam justamente nessa *accountability* horizontal, verificando de maneira externa a qualidade da administração, exigindo a prestação de contas (*answerability*) e aplicando as eventuais sanções que julgarem necessárias (*enforcement*). Como parâmetro normativo, impõe-se o controle da boa administração pública.

Assim, antes de se entrar propriamente no mérito dos contornos jurídicos das Instituições Superiores de Controle – e claro dos tribunais de contas – propõem-se breves considerações acerca do que se trata esse objeto jurídico que é a boa administração pública.

1.2 O direito fundamental à boa administração pública

O Estado brasileiro é formatado, por força do poder constituinte originário manifestado através da Assembleia Constituinte de 1988, como um Estado democrático de Direito, formado pela união harmônica dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Passados 30 anos do advento de nossa nova ordem constitucional, ainda mantemos a nossa tradição cultural na centralidade do poder Executivo como solo condutor dos rumos do país, sendo responsável e responsabilizado pela adoção das medidas necessárias à construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

No estudo do papel central do poder Executivo, ensina a doutrina clássica que a sua competência está circunscrita precipuamente ao desenvolvimento da função administrativa, que seriam as atividades “que atendem a necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado” (MOREIRA NETO, 2014, p. 89).

De fato, a atuação do Estado-administrador consiste em um trabalho constante, porque é “permanente a adequação de governos e administrações às necessidades coletivas dos cidadãos e muito especialmente à criação de melhores condições vitais que permitam o exercício da liberdade solidária das pessoas” (RODRIGUEZ-ARANA MUNÓZ, 2012, p. 21).

Enquanto um trabalho constante, as necessidades e o planejamento da adoção das medidas necessárias vão se desenvolvendo. Assim, a própria compreensão do que seja um exercício técnico de administração e da figura do administrador é mais bem aprofundada tanto na esfera privada como na pública.

A literatura que trata das técnicas de gestão na iniciativa privada já trabalha com o cenário da 4ª revolução industrial, em que a indústria é exercida por meio de “processos inteligentes integrados aos diversos recursos físicos e digitais, apresentando características de adaptabilidade e eficiência de recursos produtivos” (SILVA; KOVALESKI; PAGANI, 2019, p. 114). Ainda que a doutrina nacional esteja na fase inicial de pesquisa e implementação dessas técnicas, já é possível encontrar trabalhos acadêmicos que estudam o comportamento

humano e o desenvolvimento de competências de gestão em um novo cenário de produção de informação totalmente virtualizado e dinâmico. Um grupo de pesquisa formado por professores da Universidade Tecnológica Federal do Paraná afirma que a qualificação de pessoas para o novo cenário do mercado de trabalho será condição primordial para uma gestão administrativa eficiente, sendo que “a comunicação, criatividade, inovação, facilidade para tomada de decisões, habilidades analíticas e liderança são fundamentais para o trabalho na Indústria 4.0, bem como o conhecimento técnico multidisciplinar” (SILVA; KOVALESKI; PAGANI, 2019, p. 124).

Além disso, um dos assuntos jurídicos mais relevantes hoje na iniciativa privada diz respeito ao *compliance* empresarial, por meio da implementação de programas de integridade que visam abrandar os riscos inerentes à atividade empresarial, inclusive – talvez até, especialmente – casos de corrupção dentro da instituição. Assim, conceitua-se o *compliance* como um conjunto de ações no

intuito de observância das limitações impostas pelo ordenamento jurídico, o que perpassa pela consolidação de uma cultura de valores comuns e pelo estabelecimento de mecanismos de prevenção, controle e sancionamento de condutas proibidas (SCHARAMM, 2019, p. 155).

Forçoso reconhecer que o exercício de uma boa administração na esfera privada decorre por inerência da lógica da atividade empresarial. A busca pela otimização de recursos (humanos, materiais e financeiros) está no core da atividade empresarial – a empresa precisa ser bem administrada pela sua própria existência.

Por outro lado, a administração pública ainda engatinha em suas técnicas de gestão. Os Estados modernos até buscam reformas administrativas de forma a atender a uma proposta de administração pública gerencial, inclusive por meio do acompanhamento de ferramentas tecnológicas que otimizem a gestão pública. No Brasil, por exemplo, podemos citar a reforma administrativa concretizada pela EC nº 19/98, em que passa a constar expressamente o dever de eficiência como princípio basilar da administração pública direta e indireta, inaugurando uma nova fase alcunhada pela doutrina de “Estado Gerencial”, o que, claro, deve ser concretizado por meio de elementos teleológicos de gestão. Atualmente, busca-se também a adequação tecnológica para informatização de processos e para acessibilidade na transparência de dados públicos, justamente com uma técnica de governança e *accountability*. No entanto, também é forçoso reconhecer que ainda há um longo caminho a ser percorrido até que seja reconhecida a efetividade de uma boa administração pública, com transparência, *accountability* e real eficiência.

Segundo Guy Braibant, podemos definir a modernização administrativa como uma atualização permanente da administração em função das exigências do momento e do lugar. Essa modernização consistirá em um processo constante, sempre inacabado. De fato, a sociedade está imersa em uma profunda e contínua mudança em praticamente todos os campos, o que vai gerar um constante esforço de adaptação à realidade por parte das administrações públicas, forçando-as a um contínuo processo de melhora e adaptação (RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 31).

Ao nosso sentir, a governança e a compreensão do estado administrador que permita a citada liberdade solidária passam pelo reconhecimento do direito fundamental à boa administração conferida aos cidadãos. A constante necessidade de reforma na administração passa por esse reconhecimento. Dessa forma, nesta seção, busca-se analisar esse direito à boa administração que a doutrina estrangeira já reconhece com certa tranquilidade e verificar se o ordenamento jurídico brasileiro, de alguma forma, também reconhece esse direito fundamental, para que assim ele possa ser utilizado como fundamento normativo para uma governança administrativa.

1.2.1 Direito à boa administração pública como categoria autônoma reconhecida no cenário internacional

A Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou, em setembro de 2000, a Declaração do Milênio³ em que constam os oito principais objetivos a serem atingidos na virada do milênio, os quais concretizam os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da equidade. Nesse relevantíssimo rol de direitos a serem concretizados, como a erradicação da pobreza, a proteção ao meio ambiente e a garantia a grupos vulneráveis, encontra-se, na meta número 5, o reconhecimento da democracia e da boa governação⁴ como condições prévias fundamentais para a consecução dos demais objetivos essenciais ali dispostos.

³ ONU. United Nations Millennium Declaration. 2000. Disponível em: <https://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf>. Acesso em: 21 jun.2019.

⁴ Conforme tradução que consta da versão brasileira no sítio eletrônico da ONU. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>. Acesso em: 21 jun.2019.

Revisitando esses objetivos, em 2015 a ONU foi mais além: adotou o documento “Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”⁵, em que, mais uma vez, fora enfatizada a importância da boa administração para o desenvolvimento sustentável mundial. Conforme se depreende dos documentos internacionais produzidos⁶, em especial daqueles relativos ao objetivo de desenvolvimento sustentável nº 16, o fortalecimento das instituições por meio da promoção do *rule of law* é fundamental para o desenvolvimento sustentável, servindo o acesso à justiça como o elemento concretizador de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas.. Destaca-se, oportunamente, que, na Agenda 2030, há metas a serem cumpridas especificamente no que tange ao combate à corrupção e ao desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis (*accountable*) e transparentes em todos os níveis.

Com base nessa ordem internacional de direitos humanos, a doutrina estrangeira aponta que a ONU reconhece a administração e o governo como funções basilares e primordiais na promoção de direitos humanos, sendo certo que as instituições públicas também devem se sustentar em um processo democrático contínuo e em constante aprimoramento, em que elementos, como profissionalização, transparência e publicidade são qualidades que devem distinguir o aparato público que visa transformar os valores e metas da declaração em políticas e ações concretas (RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 110).

No mesmo momento histórico da Declaração do Milênio, foi editada pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com vistas a “reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”⁷. Especificamente, no seu artigo 41, temos expressa a garantia do “direito a uma boa administração”, que depois foi assumida no artigo II-101 do próprio Tratado Internacional que pretendia instituir uma constituição para a Europa. Este é o marco referencial do direito aqui sob análise:

Direito a uma boa administração

⁵ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁶ A ONU e suas organizações internacionais associadas produzem farto material com diretrizes e propostas para o fortalecimento das instituições democráticas, em especial a transparência e o combate à corrupção, que é o tema desta pesquisa. Destacamos três desses documentos internacionais: *O Governance Principles, Institutional Capacity and Quality*, disponível em: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Towards%20Human%20Resilience/Towards_SustainingMDGProgress_Ch8.pdf; *Corruption and Good Governance*, disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/corruption-and-good-governance/> e *Código Europeu de Boa Conduta Administrativa*, disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/publication/3510>. Acessos em: 22 jun.2019.

⁷ Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Preâmbulo. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 21 jun.2019.

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,
 - b) o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
 - c) a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Beatriz Mallén (2004, p. 28) reconhece essa disposição como um preceito comum europeu nada desprezível que se projetou com notável influência nas reformas administrativas e na forma de atuar da burocracia estatal nos estados europeus. No entanto, com muita propriedade, não deixa de destacar que, mesmo antes do advento da Carta Europeia, as constituições dos seus Estados-Membros já previam com mais ou menos intensidade conteúdos extraídos deste direito, ainda que, em regra, como princípios constitucionais relacionados à administração pública⁸.

Tal posicionamento vai ao encontro de Jaime Muñoz (2012, p. 159) que sustenta que o artigo 41 da Carta é a fusão de diferentes direitos dos cidadãos, que, ao longo do tempo, passaram a caracterizar a posição central que hoje tem a cidadania em tudo que se refere ao Direito administrativo: o cidadão é sujeito que participa da determinação do interesse geral. A novidade trazida por essa norma é que o seu conteúdo posto consiste em um direito do próprio cidadão. Explica-se. Enquanto dono do aparato público, é lógico que o cidadão tem direito próprio a que tal aparato facilite o desenvolvimento equilibrado e solidário de sua personalidade, até porque a razão e o sentido da administração na democracia residem na disposição a serviço objetivo do povo.

De fato, o traço mais marcante da obra de Muñoz é justamente o reconhecimento de que, no Direito administrativo do século XXI, os cidadãos não podem ser tratados como sujeitos inertes que recebem única e exclusivamente bens e serviços públicos do poder. Não. A inserção no Estado social e democrático de Direito importa na conversão do indivíduo em

⁸ A título informativo, destaca-se que a pesquisadora analisa a normatização desse direito conferida na redação atual da constituição da Suécia, da Áustria, da Bélgica, da Grécia, da França, de Portugal e, claro, da própria Espanha (MALLÉN, 2004, p. 103 e ss.).

ator principal da definição e avaliação das diferentes políticas públicas. Tratar do direito fundamental da pessoa a uma boa administração significa expor a questão a partir da perspectiva do cidadão. Como ensina o autor, deve-se “tentar construir uma concepção mais justa e humana do poder, que como consequência do direito dos cidadãos a governos e administrações adequadas, erijam-se em instrumentos idôneos a serviço objetivo do interesse geral” (RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 134), que não mais é decidido de forma unilateral pela administração pública.

É nesse cenário que temos a importância do fortalecimento das instituições democráticas, proposta consagrada tanto pela Organização das Nações Unidas como pela União Europeia, o que não passa simplesmente pela expansão na atuação da máquina pública – fortalecer jamais poderia significar o encrudescimento da administração pública. O fortalecimento das instituições democráticas ocorre justamente pelo fortalecimento de instrumentos democráticos, como a transparência, a *accountability* e a eficiência de uma boa administração, que garanta a tomada de decisão administrativa de forma responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis.

Agora, o que seria propriamente esse direito à boa administração que a doutrina trata em direito comparado? Qual é o seu conteúdo jurídico? Bem, a par da heterogeneidade de pesquisas e conceitos acerca do tema, compreende-se, com relativa unidade, que o direito à boa administração serve a dar unicidade a uma gama de outros direitos então espalhados na constituição e leis procedimentais. Seria uma categoria reconhecida como autônoma da qual decorrem diversos outros direitos humanos.

Destaca Muñoz (2012, p. 161) que a virtude no reconhecimento do direito fundamental à boa administração na Carta Europeia é justamente o seu caráter de direito individual a ser exercido em face da administração pública, fundamentado na exigibilidade de parâmetros que o caracterizam. Assim, o direito à boa administração é um direito fundamental de todo cidadão comunitário de que as resoluções ditadas pelas instituições europeias sejam imparciais, equitativas e razoáveis quanto ao mérito e ao momento em que se produzam. Tratado como um direito-base, pode-se desdobrar, por sua vez, em quatro parâmetros jurídicos: i) direito a que todo cidadão seja ouvido e exerça o seu contraditório antes que a administração tome uma atitude que venha a lhe afetar desfavoravelmente; ii) direito ao acesso aos procedimentos administrativos que lhe digam respeito; iii) direito a que as decisões administrativas sejam motivadas; iv) reparação dos danos ocasionados pela atuação ou omissão das instituições administrativas.

Na mesma toada, Beatriz Mallén (2004, p. 42) sustenta que tal direito configura em si mesmo uma espécie de direito instrumental, que possibilita a defesa de outros direitos subdireitos. Não se trata de um direito criado, mas sim, de novo cunho, a partir de uma formulação autônoma em um catálogo que dota de unidade outros diversos direitos reconhecidos de modo esparso. Na conclusão de sua pesquisa, destaca a importância desse estudo “na medida em que tem a ver com os direitos básicos da pessoa e com a sua relação com um dos órgãos constitucionais fundamentais na vida dos cidadãos, a Administração Pública”. Dessa forma, a autora indica que, por consequência: i) o direito à boa administração deve se espalhar nas fontes de direito formais para que seja reconhecida a sua força jurídica; ii) o estudo do conteúdo e do alcance do direito a uma boa administração decorre de uma noção ampla de "administração pública", como um sujeito obrigado a buscar a efetividade desse direito, por ser mais adequado para fins de garantia do contraditório, publicidade, motivação e responsabilização administrativa; iii) o estudo do conteúdo e do alcance do direito a uma boa administração decorre também de uma noção ampla de cidadão como sujeito ativo, motivo pelo qual a boa administração consiste em direito fundamental do próprio indivíduo; iv) o direito à boa administração serve como garantia e mecanismo de tutela individual – um direito fundamental instrumental desde a sua própria concepção (MALLÉN, 2004, p. 317-329).

O direito à boa administração é estudado como de caráter fluido, sendo que os seus contornos são geralmente apresentados como um meio de reagrupar diversos princípios constitucionais e administrativos de ação e funcionamento da administração pública. Assim, não se corre o risco de esse direito se tornar uma mera “casca vazia”, pois lhe é concebida uma noção funcional com o objetivo de conjugar princípios a um núcleo de mudanças no Direito administrativo em um modelo gerencial (BOUSTA, 2019, p. 26). Ainda que se corra o risco de se esfumarem o seu *status* legal específico, por vezes o concebendo como um princípio, uma regra, uma obrigação ou um dever, é forçoso reconhecer tratar-se de um direito legalmente vinculante (BOUSTA, 2013, p. 482); deve ser reconhecida a sua existência enquanto uma categoria autônoma de direito exigível e contraprestacional na relação cidadão-administração.

De qualquer sorte, percebe-se que o direito fundamental à boa administração, ao menos na forma reconhecida em direito comparado, possui estreita relação com o objeto deste trabalho. O direito ao acesso, à obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos e à responsabilização dos agentes públicos são normas que condicionam e regem a transparência pública e o exercício concreto da *accountability*. A nova visão do Direito administrativo que

dá centralidade à posição jurídica do cidadão como dono da coisa pública, ao passo que o agente administrativo é mero gestor, fortalece o aspecto democrático das instituições estatais possibilitando efetivo controle externo.

Pois bem. O direito a uma boa administração é reconhecido em diversos documentos internacionais como categoria autônoma de direitos humanos. Passa-se, neste momento, a verificar a incorporação, ainda que valorativa, da norma jurídica ao Direito brasileiro.

1.2.2 O direito fundamental à boa administração pública e seus contornos jurídicos no Direito brasileiro

É incontestado o reconhecimento, em direito comparado, da existência de um direito fundamental à boa administração pública titularizado pelo cidadão e exigível em face do Estado. Tal afirmativa é feita sem maiores melindres, uma vez que, seja em documentos internacionais, seja nas constituições e leis dos países europeus, encontra-se expressa menção a essa categoria de direitos humanos, o que lhe serve como fundamento normativo.

No estado brasileiro se desconhece expressa menção a essa norma. Não há, no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88, a citação de um “direito fundamental à boa administração”. No entanto, não encontrar em nossa legislação a utilização dessa nomenclatura tal qual nos estados europeus ou não haver citação expressa desse direito significa dizer que o seu valor e conteúdo jurídico não são presentes em nosso ordenamento? Parece que não.

Em seu trabalho acadêmico, o Conselheiro Adicélio Ferreira Junior (2015, p. 42) não abre espaço para dúvidas ao afirmar que o direito fundamental à boa administração é garantido por nossa ordem jurídica, uma vez que “guarda estreita e direta relação com o princípio da justiça financeira, bem como com outros esparsos no texto constitucional, como o da eficiência, da eficácia, da moralidade, da legitimidade e da economicidade”. Na compreensão do autor, a “justiça financeira reúne as ideias de justiça social e fiscal, encontra seu alicerce no princípio da isonomia e atribui ao valor justiça uma dimensão financeira” (FERREIRA JÚNIOR, 2015, p. 26). Nesse cenário, apenas por meio dos valores da justiça financeira, é possível o exercício da função administrativa eficiente, eficaz, moral e legítima.

O congraçamento de direitos e deveres decorre da aplicação do direito fundamental à boa administração pública.

Nesse sentido, percebe-se uma estreita relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, sendo o primeiro o alicerce do segundo. A prolatada justiça financeira serve ao atendimento das metas constitucionais, uma nova percepção da relação entre o administrador e o administrado. Assim, sustenta o professor Salomão Ismael Filho (2018, p.108) que a meta principal será “a satisfação do cliente, ou seja, o administrado, por meio da justiça administrativa efetivamente justa e que reflita os valores albergados pela Constituição Democrática” – a pessoa humana titulariza direitos em face da administração.

Aliás, o professor Salomão possui um fundamento inafastável, ao nosso sentir, da existência de um direito fundamental à boa administração: o sinalagma entre deveres e direitos. Explica-se. A doutrina que sustenta a inexistência desse direito fundamental o faz ao menos reconhecendo um dever constitucional de boa administração a ser perseguido pelo Estado. Ainda que não haja propriamente um direito à boa administração, há um dever de boa administração: um objetivo a ser alcançado pelo Estado⁹. No entanto, Salomão Filho relembra que, em nossa hermenêutica constitucional, não é possível a existência de um dever sem que do outro lado haja o direito de exigí-lo. Daí a gênese do direito fundamental à boa administração. Diante da clareza de seus argumentos, cita-se trecho de seu trabalho:

Nesse passo, a boa administração é, sim, um direito fundamental que liga o cidadão ao administrador público e cujo conteúdo é a observância por este dos princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade etc.), das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental do particular na gestão pública (devido processo legal, duração razoável do processo, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, entre outros) (ISMAEL FILHO, 2018, p. 113).

De forma mais direta e incisiva, Juarez Freitas – em obra nacional de referência sobre o tema – já afirma, logo em sua introdução, que o direito fundamental à boa administração pública é “norma implícita (feixe de princípios e regras) de imediata eficácia em nosso sistema, a impelir o controle *lato sensu* a enfrentar a discricionariedade fora ou aquém dos limites” (FREITAS, 2014, p. 13).

Assim, para o autor, a legitimidade da atuação da administração pública em um Estado Democrático de Direito pressupõe a observância cabal das obrigações resumidas no direito

⁹ Em sua pesquisa, o autor cita os seguintes trabalhos: SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Atlântida, 1955, p. 198-201 e PEGORARO, Lucio. ¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab — uso — de la palabra “derecho”). In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila; RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 36-41.

fundamental à boa administração pública, cujo conteúdo jurídico pode assim ser compreendido:

trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e pela responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades (FREITAS, 2014, p. 21).

Todos esses deveres citados pelo autor, por si só, já constituem autonomamente um direito do cidadão em face da administração pública: um parâmetro de boa atuação administrativa que dê legitimidade ao poder público, que deve observar todo esse plexo de direitos – esses *standards* mínimos – para que o exercício da sua função administrativa seja considerado legítimo e fundamentado no direito fundamental à boa administração pública.

Afirma-se, assim, que “as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade” (FREITAS, 2014, p. 23).

Interessante notar que a relação entre legitimidade, discricionariedade, democracia e ordem financeira é constantemente destacada não só pelos supracitados Juarez Freitas e Ferreira Junior, mas também por outros renomados autores. Marianna Willeman, por exemplo, afirma que

O aspecto da legitimidade guarda íntima relação com o fato de que as finanças públicas devem ser geridas consoante os objetivos politicamente aceitos pela Nação. Sem dúvida alguma, o controle exercido sob o ângulo da legitimidade reveste-se de extraordinário cunho democrático, invocando a ideia de consenso para a ordem financeira (WILLEMAN, 2008, p. 60).

Pois bem, ao nosso sentir, ao se comparar a compreensão da doutrina estrangeira com o sustentado por autores nacionais, percebe-se que, ainda que o movimento de origem dos direitos seja diferente, as implicações práticas são muito semelhantes. Enquanto lá, até pela força normativa do direito à boa administração expressa no Tratado Internacional de Direitos Humanos, são irradiados, de forma centrífuga, diversos outros subdireitos, por aqui, uma série de princípios jurídicos acaba por conformar e substanciar de maneira centrípeta o postulado da boa administração pública.

De qualquer sorte, elementos, como a motivação dos atos, a transparência e a responsabilização dos agentes e instituições públicas surgem como elementos fundantes dessa

categoria autônoma de direito independente do ordenamento jurídico analisado, sendo suscitados tanto como fundamentos como corolários de uma boa administração pública.

O direito administrativo moderno – um direito administrativo constitucional – converge ao reconhecimento do fortalecimento da democracia através de medidas que venham a efetivar os princípios da moralidade, transparência, responsabilização e eficiência. Assim, busca-se uma administração pública em consonância com a 4ª revolução industrial, tratada no início do trabalho, assim como já se busca, na esfera privada, uma gestão pública eficiente que utilize os meios de produção disponíveis a fomentar a transparência, a moralidade e a participação social com vistas à concretização da administração pública gerencial que se buscou com a edição da EC 19/98: uma concreta governança pública.

1.2.3 Governança pública e a imperiosa necessidade de sistemas de controle

A doutrina aponta que o direito fundamental à boa administração importa em: i) exercício transparente da atividade administrativa; ii) implementação do princípio da sustentabilidade, preponderando os benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos; iii) tomada de decisões motivadas e de maneira dialógica, com ampla garantia ao contraditório e ampla defesa; iv) uma administração pública imparcial, sem discriminação negativa de qualquer natureza; v) exigência de condutas probas; vi) respeito à legalidade temperada, ou seja, não se rende à “absolutização” irrefletida das regras; vii) atividade administrativa preventiva, preventiva e eficaz – não apenas economicamente – comprometida com resultados de indicadores de qualidade (FREITAS, 2014, p. 24).

Esse horizonte normativo deve ser transportado à realidade. Não há direito fundamental que não importe em implicações práticas. A concretização do direito fundamental à boa administração ocorre através da adequação do expediente administrativo (técnico e político) a medidas de governança e técnicas de gestão pública. A governança é a realização da boa administração pública.

Veja como a ONU relaciona essa categoria de direitos humanos (vale lembrar as diversas normas internacionais sobre o tema) e administração pública:

A boa governança promove a igualdade, a participação, o pluralismo, a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito, de forma efetiva, eficiente e duradoura. Ao pôr em prática estes princípios, vemos a realização de eleições livres, justas e frequentes, legislaturas representativas que fazem e supervisionam as leis e

um judiciário para interpretá-las. [...] A governança democrática traz avanços ao desenvolvimento, ao juntar esforços para lidar com tarefas como a erradicação da pobreza, a proteção ao meio ambiente, a garantia da igualdade de sexos, proporcionando meios sustentáveis de subsistência. Ela assegura que a sociedade civil desempenhe um papel ativo no estabelecimento das prioridades e torne conhecidas as necessidades das pessoas mais vulneráveis¹⁰.

Veja que a boa governança promove justamente os mesmos valores apontados pela doutrina como o conteúdo jurídico da boa administração. Repisa-se: todo o universo de direitos e garantias que traduzem a boa administração pública podem e devem ser instrumentalizados por meio da governança pública, de maneira a fortalecer as instituições democráticas e o *rule of law*.

Pois bem. A governança não se confunde propriamente com a governabilidade, ainda que um fenômeno acabe por influenciar o outro. Vanice Valle, em sua tese de pós-doutorado, assim expõe:

Diferencia-se, portanto, a compreensão da governança daquela que lhe foi anterior (da governabilidade), pela ênfase não na dimensão institucional, estruturante da arquitetura do poder; mas em sua face dinâmica, da prática diária das funções próprias ao ente estatal (VALLE, 2010, p. 86).

A governabilidade é de caráter institucional e se volta às condições de exercício da autoridade política. Trata-se de conceito proposto no universo da ciência política, dispondo acerca da capacidade política de governar e se relacionar com o cidadão, em respeito às condições de exercício da autoridade política (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 81). Ainda que o seu conceito não componha propriamente o universo jurídico, podemos compreendê-la, sim, como um corolário do direito à boa administração. Conforme já exposto, a doutrina nacional extrai dessa categoria a própria legitimidade democrática e a concretização de expectativas legítimas da população.

Por sua vez, a governança decorreria da capacidade financeira e administrativa, em sentido amplo, de o governo realizar políticas públicas, (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 81) ou, em outras palavras, traduz um processo complexo de tomada de decisões, um

“modus operandi das políticas governamentais, que abarcam, desde a formação do processo político-decisório, até os mecanismos democráticos de avaliação, sempre tendo em conta a articulação e cooperação entre parceiros sociais e políticos que possam concorrer para a superação das insuficiências do modelo estatal, democratizando sua atuação (VALLE, 2010, p. 87).

A bem da verdade, ao nosso sentir, a governança e a governabilidade são elementos absolutamente vinculados e o seu elo é justamente a compreensão do direito fundamental à

¹⁰ Informação disponível no sítio eletrônico institucional da ONU: <https://nacoesunidas.org/acao/governanca/>. Acesso em: 28 jun.2019.

boa administração pública. A governança pública concretiza a boa administração por meio da consolidação da democracia; com o ambiente e as instituições democraticamente fortalecidas, as legítimas expectativas da sociedade são realizadas (ou ao menos conformadas), o que confere a governabilidade esperada à administração; com governabilidade, o governo tem condições políticas de implementar mais e melhores processos de governança pública. Temos aqui um círculo virtuoso. Pela sua pertinência, mais uma vez, citamos o festejado trabalho de José Matias-Pereira (2018, p. 82):

Nesse debate, fica evidenciado que a principal diferença entre governabilidade e governança está na maneira como a legitimidade das ações dos governos é entendida. No conceito de governabilidade, a legitimidade é proveniente da capacidade de o governo representar os interesses de suas próprias instituições. Por sua vez, no conceito de governança, uma parcela de sua legitimidade advém do processo como ela se concretiza, ou seja, quando grupos específicos da população participam da elaboração e implementação de uma política pública, ela tem maior possibilidade de obter sucesso nos seus objetivos. O ponto de convergência entre as duas – tornando-as semelhantes – refere-se à defesa da participação institucionalizada como meio para se atingir a estabilidade política (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 82).

Entrando propriamente no mérito da governança, o Banco Mundial foi uma das primeiras instituições a endereçar o tema, compreendendo a pertinência de se avaliar não apenas o resultado da política pública governamental, mas também o processo político-administrativo da tomada de decisão. O organismo internacional define governança como a “maneira pela qual o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país para o seu desenvolvimento”¹¹. Portanto, a boa governança é sinônimo de gerenciamento para um sólido desenvolvimento. Instituições internacionais outras que tratam de governança pública e privada apontam um sistema de oito pilares estruturantes que devem ser observados no processo de gestão pública. São eles: *rule of law*, transparência, duração razoável do processo, consensualidade, isonomia, eficiência, *accountability* e participação cidadã.¹²

A doutrina, por sua vez, aponta quatro princípios básicos da governança. Por todos, recorreremos mais uma vez às lições de José Matias-Pereira (2018, p. 88): “uma boa

¹¹ Informações disponíveis no sítio eletrônico do Banco Mundial, onde é possível encontrar a versão original do pioneiro documento “Governance and development”. Tradução livre. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/Governance-and-development>. Acesso em: 28 jun.2019.

¹² Esses são os pilares apresentados pela “Governance Pro”, uma instituição canadense de direito privado, com fins lucrativos, cujo escopo de atuação é a avaliação e implementação de soluções de governança pública e privada. Utilizam-se as orientações dispostas pela empresa por estarem em absoluta consonância com normas internacionais, inclusive em relação à busca de financiamentos junto ao Banco Mundial. Disponível em: <http://www.governancepro.com/news/>. Acesso em: 28.06.2019.

governança pública, à semelhança da corporativa, está apoiada em quatro princípios: relações éticas; conformidade, em todas as suas dimensões; transparência e prestação responsável de contas”.

Veja que a governança, como concretização do direito fundamental à boa administração pública, possui estreita relação com o postulado da democracia e a inerente necessidade da *accountability*. A boa governança busca a implementação de processos que deem maior transparência dos gastos da coisa pública – seja pelo viés da motivação ou pela simples publicidade dos atos – o que possibilita prestação de contas dos gestores públicos e a sua eventual responsabilização por condutas ímprobas.

A intrincada relação de proposições técnicas e direitos aqui apresentada não passou despercebida pelos órgãos de controle brasileiros. Tanto é que o Tribunal de Contas da União editou o seu próprio referencial teórico básico de governança¹³, em que são propostos diversos parâmetros absolutamente relevantes e (claro) concretizadores do direito fundamental à boa administração pública. Os princípios normativos apontados são os mesmos já exaustivamente enumerados até aqui: legitimidade, equidade, responsabilidade, eficiência, probidade, transparência e *accountability*.

Julga-se absolutamente pertinente o material produzido pelo TCU, o qual deve ser bastante festejado. Ao nosso sentir, compete também ao Tribunal de Contas, enquanto uma instituição superior de controle, verificar os parâmetros de governança da administração pública. Sendo certo que decorre de sua competência constitucional o julgamento de contas a serem prestadas dos agentes políticos e administradores, mecanismos de transparência, efetividade e responsividade são inerentes à boa conta pública. Nesse sentido, bem interessante e propositiva a posição do Conselheiro do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

[...] é necessário que, por meio do Bom Controle Público, as Cortes de Contas se convertam em verdadeiros Tribunais da Boa Governança Pública. Em outras palavras, as Cortes de Contas devem se converter em instituições comprometidas com os princípios da justiça financeira e da boa administração e governança pública, por meio do bom controle, e, assim, exigirem e promoverem junto aos seus jurisdicionados esse mesmo engajamento (FERREIRA JÚNIOR, 2015, p. 41).

De fato, a atuação das Instituições Superiores de Controle, em que se destaca a posição central dos Tribunais de Contas, visa justamente à conformidade na gestão pública, instrumentalizada pelos processos de governança estatal, o que resulta em uma boa administração pública caracterizada pela participação democrática. Vejamos, portanto, os

¹³ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/governanca-publica-referencial-basico-de-governanca-aplicavel-a-orgaos-e-entidades-da-administracao-publica-e-aco-es-indutoras-de-melhoria.htm>. Acesso em: 28 jun.2019.

contornos jurídicos das instituições superiores de controle, em especial (é claro), os Tribunais de Contas, e o seu perímetro constitucional de atuação para o fortalecimento e legitimidade das instituições democráticas.

1.3 O desenho institucional dos Tribunais de Contas na Constituição Federal brasileira

A boa administração da coisa pública, conforme já exposto, revela-se direito fundamental de efeitos práticos e diretos no dia a dia e no bem-estar do cidadão. A boa administração, como o exercício complexo que é, importa no conagraçamento de diversas instituições e atores políticos que, através da união harmônica de esforços, exercem e controlam a gestão pública através de um sistema de *checks and balances* inerente a um Estado Democrático de Direito.

Dentre os órgãos de cúpula delineados na Constituição Federal brasileira, encontram-se os Tribunais de Contas, órgãos de jurisdição administrativa e aos quais compete o controle externo das atividades estatais dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Atuante em um espectro de competência transversal que abarca os três poderes, por meio de sua alta competência técnica, cabe às Cortes de Contas controlar e responsabilizar a atuação pessoal e/ou institucional dos protagonistas na condução da gestão pública.

Já fora exposta, no primeiro momento deste trabalho, a importância da *accountability* na gestão pública. Como uma Instituição Superior de Controle, o Tribunal de Contas exercerá o controle democrático da gestão administrativa, evidentemente com poderes sancionatórios para fazer valer as suas decisões e dando real efetividade ao controle externo, na forma prevista na seção IX da Constituição Federal.

No entanto, em que pese o assento constitucional e as normas expressas que delimitam a competência do Tribunal de Contas até hoje, seja pela falta de clareza de seus preceitos, seja pela evolução da compreensão de uma gestão pública democrática, ainda nos deparamos com profundos questionamentos acerca do desenho institucional dessa Instituição Superior de Controle, como sua natureza jurídica, posição institucional, funções e competências, questões essas que são fundamentais à melhor compreensão das problemáticas que pretendem ser respondidas neste trabalho.

Busca-se, nesta seção, tecer algumas considerações acerca das Instituições Superiores de Controle, esse conjunto de órgãos que atua no controle externo aos poderes instituídos e, mais especificamente, à posição institucional do Tribunal de Contas em nossa conformação constitucional.

1.3.1 Os Tribunais de Contas do Brasil como Instituições Superiores de Controle

A terminologia Instituições Superiores de Controle (ISCs) serve para “abranjer as diversas instituições responsáveis pela atividade de fiscalização e controle da Administração Pública” (CARVALHO, RODRIGUES, 2018, p. 225). A importância das ISCs para países democráticos e que sofrem com uma corrupção sistêmica, como é o caso do Brasil, infelizmente não se reflete nas obras e trabalhos acadêmicos, os quais ainda se encontram em estágio inicial de pesquisa. Salvo raras e brilhantes exceções, que serão ao máximo apontadas nesta pesquisa, é fundamental recorrermos ao estudo comparado com outros países democráticos, ainda que o modelo institucional não seja perfeitamente adequado ao Brasil.

Pois bem. Ensina Marianna Willeman (2017, p. 57) que, apesar da variação de múltiplos arranjos constitucionais, as Instituições Superiores de Controle (ISCs) “conformam-se como agências paralelas às legislaturas no exercício da supervisão e fiscalização das finanças públicas”, tanto no que diz respeito à prestação de contas dos recursos públicos, como também na “performance de órgãos encarregados da condução de assuntos de interesse coletivo”. Ao nosso sentir, o conceito apresentado pela autora sintetiza com perfeição os elementos comuns às ISCs, os quais passamos a estudar.

A par de diversas estruturas funcionais dispostas pelo mundo afora, o caráter de agência paralela das ISCs deve ser especialmente destacado. Como entidade autônoma, a Instituição Superior de Controle requer – pela própria problematização de sua atuação – independência em relação aos demais poderes instituídos, já que são eles os alvos de sua atividade fiscalizatória. Caracterizado como uma agência eminentemente técnica, as tensões com o poder político são constantes, afinal, por mais fundamental e inerente que seja a *accountability* em uma democracia, o fato é que não há gestor que goste de ser submetido à fiscalização constante, motivo pelo qual as ISCs tomam contornos de agências paralelas às legislaturas no exercício de sua atividade.

Interessante notar que essa caracterização de agência paralela às legislaturas pode, a bem da verdade, expressar múltiplas concepções.

A década de 1990 no Brasil destacou-se por um grande movimento de privatizações, concessões e terceirizações de atividades empresariais até então monopolizadas pelo Estado brasileiro. De forma a controlar esse mercado privado em expansão, inspirando-se no modelo norte-americano, foram criadas, no Brasil, diversas agências reguladoras com vistas a regular setores econômicos mais sensíveis ao desenvolvimento nacional.

Tais agências possuem, em sua maioria, a natureza jurídica de autarquia¹⁴ (seja federal ou estadual), o que lhe retira um pouco de sua própria autonomia. Em contrapartida, o mandato de seus diretores – em especial a sua presidência – não coincide com os mandatos eletivos dos representantes dos poderes Legislativo e Executivo que os indica e nomeia¹⁵, de forma a resguardar a diretoria da influência e desmandos políticos, dando maior estabilidade institucional às agências reguladoras.

A mesma lógica pode ser aplicada às ISCs e ao conceito apresentado, mesmo para aqueles que não classificam as agências reguladoras como uma instituição superior de controle¹⁶. Ao caracterizarmos as ISCs como agências paralelas à legislatura, podemos apontar o fato de que os seus dirigentes, ainda que passem por um processo político de seleção, não possuem um mandato vinculado à legislatura que o nomeou, isto é, o seu exercício ocorre paralelo e independente ao mandato eletivo responsável pela sua escolha.

¹⁴ A criação de agências reguladoras consiste em uma das formas de exercício da atividade regulatória no Estado. A regulação estatal ocorre por meio dessas agências. O fato de sua própria natureza jurídica ser de autarquia configura mais uma opção política de planejamento estatal do que necessariamente uma obrigatoriedade técnica. Chama-se autarquia em regime especial pois, ainda que a sua natureza jurídica seja a clássica forma autárquica, essa pessoa jurídica de direito público possui certas especificidades que fogem à regra. Nesse sentido, “podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como autarquias em regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício, em última instância administrativa, do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Chefe do poder Executivo, após prévia aprovação pelo Poder Legislativo, vedada a exoneração *ad nutum*” (ARAGÃO, 2012, p. 211).

¹⁵ A doutrina aponta que “No status legal dos dirigentes das agências reguladoras também devem ser destacados os seguintes dados: a exoneração é condicionada a prévio processo administrativo judicial em que seja comprovada a falta do dirigente; os mandatos dos dirigentes não são coincidentes, mas sucessivos, a fim de se evitar a renovação abrupta de toda a direção da agência; e a nomeação (mas não a exoneração) é submetida à prévia aprovação do Senado Federal” (ARAGÃO, 2012, p. 210).

¹⁶ Ao nosso sentir, a agência reguladora não consiste propriamente em uma ISC, ainda que tenha elementos muito próximos, uma vez que as duas atuam em controladorias externas de atividades distintas. Ademais, ao menos na conformação jurídica nacional, as agências não gozam da autonomia que se espera de uma ISC. De qualquer sorte, é discutida, tanto na doutrina como no sistema operacional, a questão do controle externo da atividade regulatória. Inclusive, a INTOSAI e o próprio TCU já produzem normas e pesquisas sobre o tema. Por todos, Tribunal de Contas da União. *O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre o setor de rodovias, de ferrovias e de transporte rodoviário de passageiros*. Apresentação Adylson Motta. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-controle-externo-das-agencias-reguladoras-questoes-relevantes-sobre-o-setor-de-rodovias-de-ferrovias-e-de-transporte-rodoviario-de-passageiros.htm>. Acesso em: 21 jun.2005.

Por sua vez, em outra concepção do que se entende por “agências paralelas às legislaturas”, destaca-se que as ISCs não se confundem com o poder Legislativo em si. Ainda que haja um (encorajado) diálogo institucional, não é possível concordarmos com a compreensão de que os ISCs se resumem a uma ramificação do poder Legislativo; pelo contrário, a atuação destacada – em paralelo – é fundamental à autonomia das ISCs, sendo uma característica própria de sua natureza.

José Tavares (1998, p. 31), por exemplo, compreende que ISCs “são órgãos públicos independentes cuja missão é assegurar o controle financeiro externo do Estado, situando-se no nível mais elevado de controle técnico, sendo o Parlamento o principal destinatário da sua atividade”. Em que pese o bom conceito anotado, discordamos que o principal destinatário desse controle externo seja o parlamento, até por limitar a atuação e o controle das ISCs. Em face de uma multiplicidade de instituições de controle, com as mais diversas competências e em um cenário onde a maioria das democracias convive harmonicamente com normas complexas e interligadas de *checks and balances*, ao nosso sentir, o parlamento é apenas mais um dos destinatários do controle e fiscalização realizados pelas ISCs.

A bem da verdade, a confusão natural que ocorre, o que poderia nos levar à falsa proposição de assemelhar os ISCs e o Legislativo é a similitude das funções de supervisão e fiscalização que desempenham essas duas instituições.

Segundo ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 132), o poder Legislativo nunca se resumiu à função de elaboração legislativa, sendo, tradicionalmente, também, o poder financeiro, para não apenas consentir com os gastos públicos (em que se destaca o processo orçamentário), mas também para tomar conta dos que usam do patrimônio geral. Portanto, para além da condução do processo legislativo e da produção do conteúdo normativo estatal, compete à casa dos representantes do povo também a fiscalização e a supervisão dos demais órgãos públicos.

É imperativo reconhecer, no entanto, que, seja pelo viés eminentemente político, seja pela condução de outras prioridades ou talvez até mesmo por insuficiência de corpo técnico para tal, não há democracia e *accountability* que se concretizem sem o auxílio de ISCs vocacionadas especificamente para esse fim. Portanto, é possível perceber que não há confusão de competências, mas sim uma atuação paralela e complementar ao poder Legislativo, auxiliando não apenas este, como qualquer outro poder constitucional e até mesmo o cidadão, como será mais bem apreciado à frente.

Ainda destacando os elementos comuns aos ISCs, temos que o seu principal objeto de estudo diz respeito às finanças públicas tanto na prestação de contas dos recursos financeiros dispendidos como no controle de *performance* na gestão da coisa pública.

O espectro de atuação das ISCs, até pela correlação supracitada com o poder Legislativo, é direcionado a “monitorar e controlar a gestão de recursos públicos, tanto sob a perspectiva da legalidade, quanto de eficiência da alocação orçamentária” (WILLEMANN, 2017, p. 54). Em outra oportunidade, a Conselheira do TCE/RJ ainda complementa que essas Instituições “são responsáveis pelo escrutínio dos gastos públicos, cabendo-lhes contribuir para aprimorar a governança fiscal, resguardar a probidade no setor público financeiro e minimizar a corrupção” (WILLEMANN, 2013, p. 242).

Veja, portanto, que o caráter de auditoria técnica é muito marcante na atuação das ISCs. No entanto, a competência desses órgãos não se resume a mera tecnicidade contábil. Sendo a transparência e a eficiência pilares de integridade de uma nova governança pública que se propõe, as atribuições das ISCs passam naturalmente por uma releitura e uma necessária ampliação, para também abarcar controles de *performance*. Aqui, para além da legalidade, temos a juridicidade, eficiência e transparência como elementos fundantes da controladoria externa exercida por essas instituições.

Ainda que o estudo mais aprofundado das diversas conformações jurídicas aplicáveis às ISCs não seja aqui o objeto de estudo, a apresentação da Intosai – *International Organization of Supreme Audit Institutions* – acaba nos servindo como um paradigma, um modelo normativo com generalidade suficiente a ratificar as considerações aqui expostas.

A Intosai é uma organização autônoma, independente e apolítica, criada como instituição permanente, com o intuito de promover o intercâmbio de ideias e experiências entre as ISC dos países membros em matéria de controle financeiro da administração¹⁷. Assim, ela opera uma rede internacional de organismos de auditorias governamentais, emitindo normas, recomendações e parâmetros para o exercício do controle externo. As normas editadas¹⁸ pela Intosai servem com fundamento para a atuação das ISCs a ela de

¹⁷ Disposição do artigo 1 do Estatuto da Intosai, aprovado no seu XIV Congresso (XIV INTOSAI), realizado em outubro de 1992, em Washington, D.C., nos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.intosai.org/about-us/statutes.html>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁸ A Issai consiste nas Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores, em especial a Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria, fruto dos trabalhos realizados no IX Congresso da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F5015623293FD0781C>. Acesso em: 17 jun. 2019.

alguma maneira vinculadas. Veja, portanto, que, mesmo havendo uma pluralidade de formações institucionais, independente da estrutura funcional que determinada instituição tenha adotado, é possível que as ISCs venham a beber da fonte da Intosai em virtude de elementos integrativos que são inerentes a todas elas e por isso comportam uma atuação com base em normativas jurídicas e operacionais muito semelhantes.

Pois bem. Nesse universo de ISCs – cada uma com sua própria conformação jurídica, como expusemos – há a figura dos Tribunais de Contas, existentes em várias democracias constitucionalmente constituídas. As Cortes de Contas são, pelo mundo, as ISCs classicamente conhecidas e utilizadas como referência de pesquisa pela doutrina especializada.

Utilizando como exemplo países europeus de estrutura constitucional mais similar à realidade brasileira, podemos destacar as experiências dos países ibéricos que podem servir de inspiração ao modelo brasileiro. A Constituição da República Portuguesa, de 1976, incluiu o Tribunal de Contas no elenco dos tribunais, qualificando-o como órgão de soberania – a par do presidente da República, da Assembleia da República e do governo¹⁹. O Tribunal de Contas português é definido como o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe²⁰. Já na Espanha, o Tribunal de Contas é apresentado como um órgão de controle externo supremo²¹ que “supervisiona as contas e a gestão econômica do setor público, sem prejuízo da sua função jurisdicional visando ao julgamento da responsabilidade contabilística em que incorrer naqueles que estão encarregados de administrar fundos públicos”²².

Por todos, temos o Tribunal de Contas europeu, criado pelo *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*²³ como a Instituição Superior de Controle da União Europeia. Ao lado de outras instituições de cúpula da União Europeia (Conselho europeu, o Conselho da União Europeia, o Parlamento europeu, a Comissão europeia, o Tribunal de Justiça da UE e o Banco Central europeu), o Tribunal de Contas europeu atua como auditor independente externo desse organismo internacional, examinando a regularidade de todas as

¹⁹ O Tribunal de Contas na atualidade. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

²⁰ Artigo 214 da Constituição da República Portuguesa de 1974.

²¹ Artigo 136 da Constituição Espanhola de 1978.

²² Disponível em: <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/Presentacion/index.html>. Acesso em: 31 maio 2019.

²³ Artigo 285 do Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

receitas e despesas da União, bem como as contas de todas as receitas e despesas de qualquer organismo ou organismo criado pela União²⁴.

O Brasil não ficou de fora desse movimento mundial de institucionalização de controladorias externas. No perímetro constitucional brasileiro nós temos os Tribunais de Contas, em diferentes níveis federativos, como uma clássica Instituição Superior de Controle. De fato, o conceito de ISCs apresentado no início do trabalho amolda-se perfeitamente – e não poderia ser diferente – às normas constitucionais que regem os Tribunais de Contas no Brasil.

Os Tribunais de Contas existem no Brasil desde a nossa primeira constituição democrática, trazidos pelo nosso ilustre Rui Barbosa com base em experiências europeias²⁵:

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocando em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais ao organismo constitucional [...] (BARBOSA, 1999, p. 254).

Interessante notar que, desde o seu advento, os Tribunais de Contas já possuem o caráter de Instituição Superior de Controle, adequando-se – às vezes mais e às vezes menos – ao conceito aqui trabalhado e aprofundado. Pela própria exposição de motivos do advento de nossa primeira Corte de Contas, verifica-se o posicionamento intermediário do Tribunal de Contas, entre a administração e a legislatura, devendo exercer com autonomia o controle externo das finanças públicas.

Esse posicionamento intermediário a que se faz referência desde a nossa primeira constituição democrática é, ainda hoje, objeto de questionamento, o que importa desde o debate acerca da própria natureza jurídica dos Tribunais de Contas no Brasil até os seus limites e possibilidades de atuação. Em um cenário de novas conformações institucionais e da releitura de teorias clássicas, como a tripartição de poderes, a estrutura funcional das Cortes

²⁴ Artigo 287 do Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁵ O estudo no direito comparado nos socorre no momento de criação do Tribunal de Contas Brasileiro. Ensina a doutrina que “à época, os principais tipos de Tribunais de Contas eram baseados no modelo francês ou italiano. O primeiro compreendia, além da França, os dois grandes Estados centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Sérvia, a Romênia e a Turquia. O segundo modelo englobava Itália, Holanda, Bélgica, Portugal, Chile e Japão. A diferença entre eles era basicamente a possibilidade de, no modelo italiano, antecipar-se a eventuais abusos, impedindo a realização, pelo Poder Executivo, de atos suscetíveis de gerar uma despesa ilegal, denominado de controle prévio. Para Rui Barbosa este era o modelo a ser seguido e foi o efetivamente adotado por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890” (CARVALHO; RODRIGUES, 2018, p. 230).

de Contas será mais bem aprofundada. Antes, vejamos a organização federal dessa Instituição Superior de Controle e a sua adequação à forma de estado da República brasileira.

1.3.2 Sistema nacional do Tribunal de Contas: a organização federal do controle externo

O Poder Constituinte de 1988 adotou o federalismo como forma de governo no Brasil, isto é, uma forma de Estado pontuada pela distribuição espacial do poder político e por haver mais de um centro de poder (em oposição ao Estado unitário) em que cada ente governamental é dotado de autonomia governamental e organizacional. O Estado federal tem como principal característica justamente a autonomia constitucionalmente conferida aos entes federados. Ensina o Ministro Barroso (2010, p. 194) que “a forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais”. Dessa forma, o Estado federal é uma forma de estado

[...] em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1120).

A República Federativa do Brasil adotou um arranjo constitucional um pouco distinto dos demais Estados federados: o Brasil é caracterizado por um federalismo de três níveis (também alcunhado de trilateral), em que a União, estados membros, distrito federal e também os municípios gozam de autonomia governamental, algo até então inédito em nosso país. De fato, o artigo 18 da CRFB confere uma dignidade federativa até então jamais reconhecida aos municípios em constituições anteriores. Nesse sentido, enaltece Bonavides (2004, pg. 344) que “poder-se-ia até dizer que a autonomia do município recebeu um reforço de juridicidade acima de tudo quanto se conhece em outros sistemas federativos tocante à matéria, não podendo, pois, tal densidade normativa deixar de pesar bastante [...]”.

Portanto, União, Estados, Distrito Federal e Municípios constituem entes federativos autônomos que compõem a República Federativa do Brasil. Nesse cenário, esperava-se que os Tribunais de Contas seguissem a mesma simetria. No entanto, não é essa disposição constitucional.

Pois bem. Em um primeiro plano, temos o Tribunal de Contas da União, composto por nove ministros, cujo processo de escolha e nomeação será mais bem analisado em momento posterior. A sua competência, na condição de uma Instituição Superior de Controle, é 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”²⁶. Veja que o seu âmbito de atuação diz respeito às contas da União, entidade federativa autônoma com a sua própria organização político-administrativa.

Em segundo plano, temos o art. 75 da CFRB, que serve como fundamento de validade para a atuação dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, cabendo às constituições estaduais e à Lei Orgânica Distrital a formatação de cada corte de contas, observando-se a simetria constitucionalmente prevista na própria Constituição Federal. Assim, cada Estado-membro e o Distrito Federal possuem um órgão próprio dentro de sua organização administrativa, competente a exercer o controle externo em auxílio ao Legislativo, nos mesmos moldes do previsto ao Tribunal de Contas da União. O que lhes distingue, além do plano federativo, é claro, é a sua composição. Enquanto o Tribunal de Contas da União é composto de nove ministros, os Tribunais de Contas estaduais e do Distrito Federal são compostos por sete conselheiros.

Imperioso notar que a Constituição Federal prevê expressamente que as normas dispostas ao Tribunal de Contas da União impõem-se “no que couber” aos demais entes federais, devendo o poder constituinte decorrente inovar apenas em suas especificidades regionais²⁷. Ao interpretar tal normativa, Willeman (2017, p. 179) identifica tratar-se de “norma de preordenação institucional, ou seja, norma específica que o constituinte estadual não pode deixar de observar e que define a estrutura de órgãos de outras unidades federativas”. Dessa forma, pouco espaço resta para que o constituinte estadual e distrital possa dispor acerca da competência no controle externo das contas da administração pública, havendo grande similitude na jurisdição dessas Instituições Superiores de Controle.

²⁶ Artigo 70 da Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

²⁷ A saber: O art. 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição Federal de 1988 dispõe que “Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”. Por esse artigo, as Constituições Estaduais devem apresentar perfeita harmonia com o modelo preconizado na Constituição Federal, retratando o consagrado princípio da simetria. Esse princípio também está previsto no parágrafo único do mesmo artigo ao estabelecer que as Leis Orgânicas Municipais devem respeitar o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual

Esse é o posicionamento abarcado também por nossa jurisprudência. O STF (2006) vem reconhecendo paulatinamente que

[...] os Estados-membros estão sujeitos, na organização e composição dos seus Tribunais de Contas, a um modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos.²⁸

Em terceiro plano, os municípios, ainda que entes federativos autônomos, não possuem órgãos específicos de controle externo, em virtude da vedação constitucional inculpada no §4º do seu artigo 31, relativa à criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais. A única ressalva constitucional diz respeito à manutenção de órgãos antigos já existentes quando do advento da nova ordem constitucional (MARTINS, 1992), como são os casos do Tribunal de Contas do município do Rio de Janeiro²⁹ e do município de São Paulo³⁰.

De qualquer sorte, os municípios jamais poderiam ficar à revelia de um órgão específico de controle externo. Assim, cabe aos Tribunais de Contas estaduais acumular a sua atividade com a fiscalização da atuação municipal, ou o Estado-membro instituir um órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios³¹, como já ocorrido no Estado do Ceará³².

Essa é a disposição do art. 31, §1º da CRFB, o qual dispõe que a fiscalização do município será realizada pelo poder Legislativo municipal, “com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver”. Portanto, o controle de contas municipais é exercido pela Corte de Contas competente a fiscalizar também o respectivo estado de circunscrição ou por órgão estadual criado especificamente para o controle dos municípios abrangidos pela sua disposição territorial.

²⁸ STF - ADI: 3715 TO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21 ago. 2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30 out. 2014.

²⁹ Lei nº 289/81 do Município do Rio de Janeiro.

³⁰ Lei nº 9.167/80 do Município de São Paulo.

³¹ STF. ADI 687-8/PA, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em: 02 fev. 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266491>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³² STF. ADI 5.763/CE, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgado em: 15 set. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312776166&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

A *ratio* dessa aparente anomalia à autonomia inerente ao pacto federativo é bem sintetizada por Willeman (2017, p. 184), que toma por base os combalidos cofres municipais e a pouca capacidade financeira para autogestão e inchaço da máquina pública:

Não há dúvida de que a submissão das contas municipais a controle e fiscalização dos Tribunais de Contas estaduais revelou-se como alternativa possível diante do objetivo maior de se cobrir a proliferação de Cortes de Contas na esfera de cada município, o que geraria um aumento de despesa insuportável para a grande maioria dos entes locais.

Portanto, o Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os Tribunais de Contas dos municípios criados antes do advento da CFRB compõem um sistema nacional de tribunais de contas, cada um com a sua competência espacial própria e harmônica cujo objetivo é o controle externo das contas públicas.

É diante desse cenário que a conformação de um sistema nacional é bem delineada na obra de Marianna Willeman (2017, p. 179), em que a conselheira destaca que a interpretação do STF, salvo raras exceções, caminha para “estabelecer um modelo nacionalmente uniforme de Tribunais de Contas no quesito relativo ao espectro de fiscalização que tais órgãos exercem” reputando de observância obrigatória pelos demais entes federados as normas aplicadas ao Tribunal de Contas da União.

1.3.3 O Tribunal de Contas independente e autônomo em um cenário de tripartição de poderes

O art. 71 consiste na norma fundamental do Tribunal de Contas na Constituição Federal, que prevê que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”. A expressão “com o auxílio” ensejou diversas estudos e pesquisas acerca da natureza jurídica e da posição institucional dessa Instituição Superior de Controle.

Utilizando-se de uma interpretação literal, poder-se-ia sustentar que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares ao poder Legislativo. Sendo tratados como instituições não autônomas e independentes, relegados a órgão de segundo plano, haveria uma subordinação hierárquica em relação ao próprio poder Legislativo, posição que possibilita, inclusive, a ingerência do Congresso Nacional no Tribunal de Contas da União, por exemplo.

No entanto, prevalece, em nossa melhor doutrina, a posição liderada por Odete Medauar de que a expressão “auxílio” diz respeito à função exercida pela Corte de Contas, e não à sua natureza jurídica, que seria, na verdade, de órgão autônomo com competências próprias. Assim,

Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição federal em artigo algum utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização (MEDAUAR, 1990, p. 124).

Veja, portanto, que a expressão “auxiliar” não diz respeito à sua natureza jurídica, mas sim ao seu mister. A função do Tribunal de Contas é auxiliar no exercício do controle externo. No mesmo sentido, o ex-ministro Carlos Ayres de Brito (2002, p. 14) destaca que

Por este modo de ver as coisas, avulta a indispensabilidade ou a rigorosa essencialidade da função tribunalícia de contas. De uma parte, não é a Corte Federal de Contas um órgão ou instituição que se acantone na intimidade estrutural do Congresso Nacional. De outra banda, não opera essa mesma Corte de Contas como órgão meramente auxiliar do Congresso Nacional. Sua atuação jurídica se dá a latedo do Congresso, junto dele, mas não do lado de dentro.

De fato, ao nosso sentir, não há como ser diferente. A bem da verdade, como Instituição Superior de Controle que é, o Tribunal de Contas deve observar o padrão internacional, que é de autonomia em relação a outros poderes. A posição independente dos tribunais de contas vai ao encontro do conceito apresentado de ISC, em que o elemento da lateralidade de sua posição institucional é bastante evidenciado.

Diogo de Figueiredo Neto vai ainda mais longe. O ilustre administrativista, com base na doutrina de Giuseppe de Vergottini, destaca a multiplicidade de poderes constituídos dentro de um Estado Democrático de Direito, o que chama de pluralidade dos centros constitucionais de imputação de poder, em que há uma maior descentralização do poder estatal, assim entendida como “a distribuição de seu exercício por vários centros de imputação, todos e cada um, com suas múltiplas funções públicas a executar” (NETO, 2004, p. 126).

É com vista a essa compreensão que o autor destaca, inclusive, que a nossa conformação constitucional compreende mais de um desses órgãos de natureza constitucional, em especial os órgãos que servem como funções essenciais à justiça, como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e a Defensoria Pública (NETO, 2004, p. 131). Todos eles possuem como fundamento de validade norma de hierarquia constitucional, assim como ocorre com os tribunais de contas. Como bem aponta Lafayette Pondé (1992), o Tribunal de Contas não poderia jamais ser mero delegado ou preposto do poder Legislativo,

mas sim um colaborador técnico, até porque todas as suas atribuições são previamente determinadas diretamente pela Constituição Federal, a mesma fonte hierárquica da qual deriva a competência do Legislativo.

É também importante destacar que os Tribunais de Contas, apesar de sua nomenclatura, não se confundem com o poder Judiciário. A CFRB/88 hoje³³ deixa essa posição bem clara, até por tratar do poder Judiciário em outro capítulo da constituição e não prever os tribunais de contas dentre os órgãos relacionados no artigo 92. Como corolário natural, por não fazer parte do poder Judiciário, mas constituindo, sim, um órgão independente, as decisões das Cortes de Contas têm natureza de título executivo extrajudicial, na forma do art. 71, §3 da CFRB. Ademais, como será visto adiante, a constituição estendeu as garantias e prerrogativas dos ministros do STJ aos membros do Tribunal de Contas da União. Obviamente, como elemento hermenêutico, pode-se afirmar que, se a constituição precisou equiparar as prerrogativas, é porque os dois órgãos não se confundem, sendo certo considerá-los autônomos.

A sua independência também ocorre em relação ao poder Executivo, como ensina Odete Medauar (1990, p. 123). Tal poder, como será visto mais à frente, sequer tem poderes para indicar a maioria dos ministros que compõem o colegiado do Tribunal de Contas, sendo que apenas um dos nove cargos pode ser nomeado livremente pelo chefe do Executivo. Além disso, o Executivo é o grande objeto de controle (ainda que não o único) atribuído à Corte de Contas, uma vez que, no exercício de sua função típica de gestor da coisa pública é principal destinatário do dever de boa administração, não havendo sentido cogitar a subordinação entre controlador e controlado.

Percebe-se, portanto, que os Tribunais de Contas colocam-se em uma posição intermediária em relação aos poderes. Como indica Ricardo Lobo Torres (1999, p. 178), o “Tribunal de Contas tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes”.

Diante desse arcabouço normativo e de relativa unicidade na doutrina especializada, o Supremo Tribunal Federal manifesta-se de forma reiterada, afirmando a independência dos Tribunais de Contas, demarcando a posição institucional dessa ISC no sentido, por exemplo, da inconstitucionalidade de subtração da competência do julgamento das contas da Mesa de

³³ Pontes de Miranda (1937), ao comentar a constituição de 1934, compreendia que os Tribunais de Contas estariam materialmente atrelados ao Poder Judiciário, uma vez que não seria concebível que a Corte proferisse o seu julgamento e ficasse a sua decisão ainda à revelia ou sujeita à alteração de um novo julgamento.

Assembleia Legislativa³⁴. Portanto, ainda que auxilie o poder Legislativo e que, muitas vezes, haja o conagraçamento na controladoria externa, o Tribunal de Contas deve guardar autonomia em relação ao poder Legislativo.

Interessante destacar que tamanha é essa autonomia que, no entendimento dos próprios Tribunais de Contas, a prestação desse auxílio não se limita apenas ao Legislativo, mas também a outros interessados. Em uma interpretação extensiva do texto constitucional, a Corte de Contas fluminense enuncia que o “Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro trabalha não só em auxílio à Assembleia Legislativa, mas também, quando solicitado, ao Executivo, Judiciário, Ministério Público, Receita Federal, demais tribunais de contas e outros setores.”³⁵

Aliás, a dissociação entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo espalha-se nos demais entes federados. Não poderia ser diferente, vista a conformação nacional do órgão. Assim, ensina o ex-ministro Carlos Brito (2002, p. 11) que “o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada”.

Por todo exposto, vemos que o Tribunal de Contas é órgão autônomo e independente do poder Judiciário e do poder Legislativo, sendo a sua estrutura funcional simétrica pelos entes federados.

Realmente, a especialização da função e a existência de uma estrutura própria, de fato, auxiliam – e muito – o exercício do controle externo, até porque o poder Legislativo está comumente envolto em suas tarefas políticas e legiferantes e muitas vezes não dispõe de quadro técnico para exercer adequadamente as funções de controle financeiro, as quais naturalmente envolvem questões tecnicamente complexas.

Nesse cenário de posição *sui generis* dos Tribunais de Contas em um sistema de tripartição de poderes, é interessante notar a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, conforme já exposto no início do trabalho, traz críticas ao sistema de tripartição de poderes como concebemos atualmente. Assim, utilizando como premissa teórica os ensinamentos de Karl Loewenstein³⁶, é sugerida uma nova tripartição das funções do Estado, releitura que “talvez, abra caminho para uma revisão da organização política ocidental, tarefa ingente e

³⁴ Supremo Tribunal Federal - Plenário, ADI849/MT. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Plenário. Julgamento em: 1 fev. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266565>. Acesso em: 11 jul. 2018.

³⁵ Posição institucional afirmada pelo próprio Tribunal de Contas do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/atribuicoes>. Acesso em: 11 jul. 2018.

³⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho utiliza como marco teórico a obra *Political power and the governmental process*, de Karl Loewenstein.

urgente” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 166). Na compreensão dos autores, é possível introduzir uma classificação que repousa no grau de intensidade do poder estatal manifestado. Dessa forma, haveria uma primeira função governamental que consiste em introduzir o domínio do Direito como manifestação de poder só condicionado pela constituição; uma segunda função de natureza administrativa consistente em tomar decisões subordinadas em relação à norma constitucional e, por fim, a terceira função, que é justamente a atividade de controle vocacionada pelas Instituições Superiores de Controle. Assim, vaticina Manoel Gonçalves:

Na realidade, esse controle é indispensável para a manutenção da democracia e para a salvaguarda da própria liberdade individual. De fato, não só deve ser fiscalizada a adequação das opções governamentais às opções populares, ou ao bem comum, controle político, para o qual está particularmente indicado o parlamento, como também a aplicação dessas decisões aos casos particulares – controle formal, para o qual é naturalmente indicado o Judiciário (FERREIRA FILHO, 2014, p. 167).

A par das diferentes formas doutrinárias de se conceber a repartição de poderes e funções estatais, a absoluta importância do exercício do controle externo parece ser uma compreensão unânime. Expostas considerações acerca do enquadramento dos Tribunais de Contas na condição de uma Instituição Superior de Controle com abrangência federativa e autônoma em relação aos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, passa-se a análise da execução de sua função, ou seja, o desenvolvimento de suas competências na sua área de jurisdição.

1.4 A função e as competências dos Tribunais de Contas

A estrutura e as atribuições dos Tribunais de Contas evoluíram consideravelmente desde a sua primeira previsão constitucional, em 1891, quando o art. 89 previa que caberia a eles apenas “liquidar as contas de receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de prestadas ao Congresso”. Com o desenvolvimento legislativo e da própria percepção de que, em um Estado Democrático de Direito, o exercício de controle é algo absolutamente fundamental, a função e as competências dos Tribunais de Contas foram ganhando cada vez mais corpo e se solidificando.

O ex-ministro Ayres de Brito (2014, p. 15) ensina a distinção entre função e competências. Para o autor, a função é a atividade típica do órgão, a sua justificativa e atividade imediata; depois o que vêm são as suas competências, que são os poderes instrumentais para o cumprimento da sua função. Dessa forma, no caso dos Tribunais de Contas, “a função é unicamente a de controle externo e tudo o mais já se traduz em competências, a saber: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva e informativa, competência sancionadora, competência corretiva etc.”.

De fato, não há dúvida de que a função dos Tribunais de Contas é justamente o controle externo, uma vez que esta é a inteligência do art. 73 da CRFB. No entanto, muito já se falou do exercício do controle externo das Instituições Superiores de Controle em geral. Agora, o que significa esse controle externo? E o que seria o controle interno?

Para Guerra (2005, p. 90), o controle da atividade administrativa pode ser conceituado como

A possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados anteriormente planejados, gerando má aferição sistemática. Trata-se, na verdade, de poder-dever, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.

Assim, em um dualismo integrado³⁷, o controle interno diz respeito a todas as formas de controle, preventivo ou detectivo, existentes em determinada organização pública³⁸, ao passo que o controle externo, diversamente, é praticado por outro agente ou órgão que não integra a estrutura organizacional controlada, conferindo especial destaque às atividades ordinárias do poder Judiciário e Legislativo (FONSECA, 1999, p. 228).

Retomando as lições de Brito (2014, p. 20), controle externo é corolário do princípio republicano, uma vez que “impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão”. Como já vimos anteriormente neste trabalho, a *accountability* é inerente a uma República que adota a conformação de um Estado Democrático de Direito.

³⁷ O artigo 70 da CFRB é expreso ao determinar a integração entre o controle externo e o controle interno de cada poder.

³⁸ Para maiores considerações acerca do controle interno, consultar o manual da Intosai. Disponível em: https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf. Acesso em: 21 jun. 2019.

Nessa seara, vale lembrar o que já fora exposto em item anterior: é função dos Tribunais de Contas exercer a controladoria externa não apenas do poder Executivo, mas sim de qualquer poder que esteja exercendo, ainda que atipicamente, a função de administração pública, termo aqui empregado em seu sentido objetivo, ou seja, exercer o controle das atividades administrativas que são aquelas “que atendem a necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado” (NETO, 2014, p. 79).

O professor Alexandre Aragão (2012, p. 612), por sua vez, pontua que o exercício do controle externo destaca-se, precipuamente, pelas atribuições de apreciar e julgar as contas dos administradores; aplicar sanções previstas em lei aos danos causados ao Erário; possuir também função corretiva, quando fixa prazo para órgão ou entidade; sanar irregularidades; ser ouvidor, recebendo denúncias de irregularidades. A enumeração trazida pelo Ilmo. Procurador toma por base as atribuições que vêm expressamente dispostas no art. 71 da Constituição Federal, como o controle a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Como já fora exposto na subseção anterior, as normas de competência e organização do órgão federal é extensível e plenamente aplicável ao sistema nacional de Tribunais de Contas como um todo. É consoante esse sistema de atribuições que os próprios sites institucionais dos Tribunais de Contas estaduais dispõem as suas missões. O TCE/RJ, por exemplo, institui, como sua missão, fiscalizar e orientar a administração pública fluminense na gestão responsável dos recursos públicos em benefício da sociedade, com uma visão de fortalecer a imagem do Tribunal como instituição essencial à fiscalização e gestão dos recursos públicos, ampliando a transparência e estimulando o controle social.³⁹

Pois bem. Vejamos então, conciliando a norma constitucional e o que aponta a doutrina nacional, quais são as atribuições dos Tribunais de Contas e o espectro de sua jurisdição de contas. Para tanto, poderíamos utilizar um sem número de classificações e recortes metodológicos. Por exemplo, Floriano de Azevedo Marques Neto (2010) apresenta uma distinção tripartite do controle: poder, meios e objetivos. Assim, no exercício do controle do poder, é possível a limitação do poder estatal; o controle dos meios envolve a utilização mais adequada dos recursos públicos, evitando-se os desvios; o controle dos objetivos traduz a proteção e a estabilidade dos objetivos e metas de longo prazo. Tal classificação amolda-se

³⁹ Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/missao>. Acesso em: 11 jul. 2018.

com tranquilidade às regras previstas no art. 71 da CFRN. No entanto, por julgá-la mais detalhista, utilizaremos a classificação apresentada pelo supracitado Carlos Ayres de Brito e por Edson Simões (2014), que seguem a análise topográfica constitucional disposta ao Tribunal de Contas da União.

Dentre as atribuições da Corte de Contas, temos primeiramente a *competência consultiva*, que consiste na emissão de parecer prévio sobre as contas de governo do prefeito, governador ou presidente da República, a depender do ente federado que se fiscaliza, na forma do artigo 71, inciso II e art. 31, §2 da CFRB⁴⁰. O julgamento prévio sobre as contas de governo prestadas anualmente pelo governante caracteriza função opinativa, tipicamente de auxílio ao poder Legislativo, dando substrato técnico essencial para o julgamento político-administrativo a ser realizado pelo órgão do Legislativo.

Nesse processo, o Tribunal de Contas analisará a gestão político-administrativa do chefe do Executivo para, ao final, emitir parecer prévio opinando pela reprovação, aprovação ou aprovação com ressalvas das contas de governo do gestor público. Entre outros aspectos envolvendo a atividade financeira do ente, as contas de governo contemplam a avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos, bem como o fiel cumprimento das leis orçamentárias. Assim, “a apreciação das Contas de Governo é também um instrumento valioso de transparência que possibilita ao cidadão a cobrança por melhores resultados em setores nos quais os objetivos não foram atingidos adequadamente” (SIMÕES, 2014, p. 334).

As contas de governo dizem respeito precipuamente à execução orçamentária, avaliando-se a gestão e não propriamente a ordenação de despesa, que será tratada no subcapítulo seguinte. Assim, neste regime, avaliam-se os “resultados gerais do exercício financeiro, com o exame minucioso de todos os aspectos da arrecadação de ingressos e da execução de despesas, retratando a situação financeira do ente federativo como um todo” (WILLEMANN, 2017, p. 239). Expondo de maneira mais detalhada,

A matéria comporta o exame da execução dos orçamentos públicos, do cumprimento das leis e da Constituição da República, especialmente no tocante aos gastos obrigatórios com educação e saúde (Constituição Federal de 1988, arts. 212, caput, e 77 do ADCT), e limites de determinadas despesas, que estão estabelecidos ali ou em textos legais esparsos, por exemplo, a despesa de pessoal (Constituição Federal de

⁴⁰ Artigo 71, I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

Art. 31, §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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

1988, art. 38 do ADCT e Lei Complementar Federal n. 101/2000, art. 20) (SIMÕES, 2014, p. 337).

Após a aprovação desse parecer técnico pelo plenário do Tribunal de Contas, caracterizando um procedimento de natureza complexa por envolver a participação de instituições diversas, o poder Legislativo deliberará pela manutenção ou não do parecer prévio emitido.

Veja que há uma dualidade na análise. De um lado, o julgamento técnico-administrativo por parte da Corte de Contas e, de outro, o julgamento político – e soberano – por parte do poder Legislativo. Nesse diapasão, a doutrina destaca que

Não que a função de julgamento de contas seja desconhecida das Casas Legislativas, mas é que os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério, esse, que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica; isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais (BRITO, 2014, p. 14).

Especificidade diz respeito à esfera municipal, em que o parecer prévio produz efeito quase-vinculante. Enquanto nos Estados e no governo federal as Casas Legislativas manifestam-se pela sua maioria na aprovação ou reprovação das contas de governo⁴¹, na esfera municipal, exige-se o quórum qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal para que o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas competente não possa prevalecer⁴² (alinhado na prática de “derrubada” do parecer prévio). Inobstante a sua força normativa, o STF reconhece, mesmo nesse caso, o caráter complexo do julgamento das contas do executivo municipal ao pacificar o entendimento de que o parecer dos TCS não produz efeitos imediatos, quer dizer, o julgamento por parte do Legislativo é condição fundamental para a conclusão do processo de julgamento das contas de governo, não se admitindo o julgamento ficto das contas por decurso do prazo (nem mesmo em face de omissão da Câmara Municipal)⁴³.

Não há dúvidas de que o processo de julgamento de contas de governo desenvolve-se tanto nos contornos dos Tribunais de Contas como nas Casas Legislativas, “sob a chancela dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo facultada e

⁴¹ Artigo 49, inciso IX da CFRB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴² Artigo 31, §2 da CFRB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴³ STF, RE nº 597.362/BA, Pleno, relator ministro Eros Graus, relator para acórdão ministra Cármen Lucia, julgado em 21 fev. 2013.

franqueada ao agente político a utilização de qualquer meio lícito para fundamentar sua defesa, apresentar alegações ou fazer apontamentos que entender necessários” (ANDRADA, 2006). No entanto, muito se discute, em virtude da natureza jurídica desse parecer prévio, a possibilidade ou não de recurso administrativo direcionado ao colegiado do próprio Tribunal antes da análise conclusiva por parte do poder Legislativo.

De um lado, destaca-se que a natureza jurídica do parecer prévio do Tribunal de Contas é de mero ato administrativo, sendo que o conteúdo propriamente decisório é proferido pelo poder Legislativo que, de fato, julga as contas do chefe do executivo. Assim, como um ato complexo, que se completa com a resolução posteriormente editada pelo Legislativo, estaria ausente o interesse de agir no recurso em face do parecer prévio emitido pelas Cortes de Contas. Essa é a posição assentada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo. Para a Corte, não há previsão legal de recurso em face de parecer prévio do Tribunal de Contas uma vez que, nessa fase, ainda não houve propriamente o julgamento das contas⁴⁴.

De outro, reconhece-se a força decisória do parecer e a admissibilidade de recurso em face da decisão. Destaca o Conselheiro do TCE/MG, em voto específico sobre o tema, que essa já é a posição regulamentada por diversos tribunais estaduais do país, tais como os de Sergipe, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, Pernambuco e Tribunal de Contas dos municípios da Bahia, dentre outras. “Nestes, seja implícita ou explicitamente, já se admite interposição de recurso em sede de parecer prévio” (ANDRADA, 2006, p. 7). A bem da verdade, o Conselheiro defende inclusive a impropriedade da nomenclatura “parecer prévio”, uma vez que o peculiar processo de julgamento de contas representa muito mais que um mero instrumento técnico-opinativo que se presta unicamente a subsidiar o julgamento político por parte do poder Legislativo. Ao contrário, o decidido no Tribunal de Contas pode ser ratificado ou contraposto no Parlamento e, nesse caso, são exigidos motivação e quórum qualificado. (ANDRADA, 2010, p. 63).

Salvo melhor juízo, essa é a posição que melhor se coaduna com o Estado de Direito. Considerando o Tribunal de Contas um órgão autônomo da mais alta hierarquia, os seus atos e suas decisões são de extrema relevância e produzem, sim, efeitos práticos sérios. Nesse sentido, alinhamo-nos a Luciano Ferraz pelos mesmos fatos e fundamentos:

na prática, não se deve olvidar que os Parlamentos são órgãos políticos por excelência, que não raro se apegam às paixões partidárias para apreciar os fatos colocados a seu crivo. É a partir desta constatação que emerge a importância do

⁴⁴ TCE/RJ. Processo nº 204.341-3/17. Plenário. Relator Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia. Julgamento em 22 ago. 2017.

Tribunal de Contas ao emitir seu parecer sobre as contas do Chefe do Executivo, objetivando, com a isenção e a imparcialidade típicas destes órgãos colegiados, dar ao indivíduo (prestador) e à sociedade a garantia da escorreita interpretação da Constituição e da Lei” (FERRAZ, 1999, p. 154).

Importante destacar que o cenário toma contornos ainda mais relevantes no caso estudado das contas de governo municipais. Em tais casos, em virtude do quórum qualificado que se exige, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas ganha ainda maior relevo: como não reconhecer o conteúdo decisório jurídico em tais casos? Ao nosso sentir, ainda que a posição aqui sustentada peque por excesso de zelo, opta-se pelo excesso de garantia do direito fundamental do exercício do contraditório e da ampla defesa, em especial no seu corolário do duplo grau de jurisdição⁴⁵, ao afirmar a força decisória do parecer emitido pelo Tribunal de Contas e a consequente admissibilidade de recurso em face dessa decisão.

Em um segundo plano, temos a *competência judicante* dos Tribunais de Contas. O inciso II do art. 71 da CFRB prevê a competência dos Tribunais de Contas para o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pelo patrimônio público. Tais agentes devem regularmente prestar contas de seus atos de gestão ao controle externo, obrigação que importa a pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas. Trata-se de um dever geral de prestação de contas, que decorre do dever fundamental de boa administração pública e *accountability*, como exposto em momento anterior. Como ensina o diretor da Escola de Contas do TCMSP,

Hodiernamente, a função do instituto da prestação de contas parte da obrigação social e pública de prestar informações sobre algo pelo qual é responsável (atribuição, dever). Esse conceito é base da transparência e do controle social, definições mais próximas do termo governança, que, por sua vez, decorre do conceito de *accountability* (SILVA, 2014, p. 73).

É importante esclarecer que afirmar que o Tribunal de Contas possui função judicante ao julgar as contas dos administradores públicos não é o mesmo que sustentar que se exerce jurisdição na acepção de ato jurisdicional, o que se confundiria com o Poder Judiciário. Em que pese a posição de Seabra Fagundes (2006, p. 170) no sentido de que os atos das Cortes de Contas teriam natureza jurisdicional, uma vez que o julgamento das contas dos administradores públicos possui caráter de definitividade, prevalece em nossa doutrina a natureza meramente administrativa deste julgamento, admitindo-se, inclusive, a sindicabilidade relativa da decisão, o que será mais bem aprofundado no capítulo seguinte.

⁴⁵ Importante destacar que o STF reconhece a possibilidade do exercício do duplo grau de jurisdição enquanto garantia constitucional, mesmo no caso em que o recurso cabível é dirigido ao mesmo órgão que prolatou a decisão recorrida. Tal posicionamento foi assentado no célebre caso do “Mensalão”, em que foi conferido o direito aos réus de interposição de embargos infringentes, conforme disposto no art. 8º, item 2 do Pacto de São José da Costa Rica e art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. STF. AP 470. Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 27 fev. 2014.

Nesse sentido, deveras esclarecedora a manifestação de Ives Gandra em que resta bem pontuado o caráter de definitividade do processo de natureza administrativa do julgamento das contas de gestão:

É importante anotar, outrossim, que os julgamentos proferidos pelas Cortes de Contas são consubstanciados em Acórdãos que, esgotados os recursos, vinculam os jurisdicionados. São decisões definitivas, passíveis, entretanto (conforme já realçado em capítulo próprio), por força do estabelecido no art. 102, I, d, da Lei Magna, de controle judicial quando despontar irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade, sendo esta última sempre relacionada a princípios constitucionais (MARTINS, 2002, p. 25).

O que temos aqui é o julgamento técnico-administrativo das contas dos administradores públicos, o que se atém às questões de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e o enfoque nos aspectos quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Trata-se de competência autônoma dos Tribunais de Contas para o julgamento das contas de gestão, as quais “relacionam-se ao resultado específico de determinado ato de governo e são prestadas por todo e qualquer gestor de recurso público, seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada, na forma do artigo 70, parágrafo único da CFRB” (WILLEMANN, 2017, p. 239).

O exercício dessa competência possui estreita relação com as controladorias internas, órgãos que processam as tomadas e prestações de contas e encaminham aos Tribunais de Contas na forma regimental de cada Corte. Veja, portanto, que se trata do exercício de um controle marcadamente *a posteriore* de natureza exclusivamente técnica, em que os Tribunais de Contas exercem a sua função judicante dos administradores e demais responsáveis por verbas públicas.

Nesse cenário, podemos perceber com certa clareza a dualidade disposta nos incisos I e II do artigo 71 da CFRB: de um lado, as contas de governos prestadas pelos chefes do Executivo para apreciação do Tribunal de Contas e, de outro, as contas de gestão para julgamento técnico dos órgãos de controle.

Ocorre que essa dualidade é posta à prova especialmente nos municípios de pequeno porte. Isto ocorre porque as contas de gestão dizem respeito usualmente aos ordenadores de despesa, àquelas autoridades que, segundo o art. 80 do Decreto-Lei no 200/67, praticam atos que resultam na emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos. São geralmente servidores de menor hierarquia administrativa, que recebem por delegação do chefe do Executivo federal, estadual ou distrital a competência para a prática dos atos de gestão. No entanto, nos municípios de pequeno porte é muito comum que o próprio chefe do Executivo seja o responsável pelos atos de gestão. Em tais casos, ao menos

em tese, ser-lhe-ia aplicado um duplo regime de *accountability* por meio da prestação de contas de governo ao Legislativo e contas de gestão ao Tribunal de Contas. Assim, como bem esclarece Luciano Ferraz (1999, p. 154),

Os chefes do Executivo quando agem na qualidade de agente político, executor do orçamento, têm prerrogativas especiais e, portanto, submetem-se ao crivo do Poder Legislativo. Se descem do pedestal e praticam meros atos de gestão, igualam-se aos demais administradores de recursos públicos, sendo julgados pelo Tribunal de Contas.

Nesse cenário, a competência do Tribunal de Contas seria mantida para o julgamento das contas de gestão independente do agente público responsável pela sua prestação, seja ele o chefe do executivo ou um servidor subalterno – todos responsáveis pela ordenação de despesa. No entanto, essa não foi a posição que prevaleceu no STF em seu julgamento mais recente.

Ao realizar o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 848826 e 729744 – ambos com repercussão geral reconhecida – o STF discutia, entre outras questões⁴⁶, justamente o órgão competente para o julgamento das contas de gestão do prefeito quando este encontra-se na condição de atos de gestão. A controvérsia foi assim exposta pelo relator, Ministro Luís Roberto Barroso, em sua manifestação:

12. A questão a ser dirimida, portanto, é a seguinte: qual o órgão competente para julgar as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo que age como ordenador de despesas? Em outras palavras: as contas prestadas anualmente (arts. 31, § 2º, e 71, I, da Constituição) pelo Chefe do Executivo, e que devem ser apreciadas mediante parecer prévio e não julgadas pelo Tribunal de Contas, são apenas as chamadas contas de governo, que se referem aos resultados gerais do exercício financeiro? Ou abrangem também as denominadas contas de gestão, estas relacionadas ao resultado específico de determinado ato de governo e prestadas por todos os administradores de recursos públicos, inclusive Chefes do Executivo que agem como ordenadores de despesas, como é muito comum na maioria dos Municípios do País? (STF, 2015)

O eminente ministro defendia a tese de que compete aos Tribunais de Contas o julgamento das contas de gestão do prefeito quando este se encontrava na condição de ordenador de despesas. O posicionamento, portanto, atendia a dualidade de regimes acima exposta.

No entanto, a posição que acaba por prevalecer é aquela apresentada pelo ministro Ricardo Lewandowski de que a competência para o julgamento das contas prestadas pelo chefe do Executivo – seja conta de gestão ou conta de governo – é sempre da respectiva Casa Legislativa. A tese vencedora é fixada nos seguintes termos:

⁴⁶ Também foi objeto da ação se a desaprovação das contas pelo Tribunal de Contas gera inelegibilidade do prefeito (nos termos da Lei da Ficha Limpa), em caso de omissão do Poder Legislativo municipal, tema este já discutido anteriormente neste trabalho.

Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores (STF, 2015).

Portanto, ao nosso sentir, o STF acabou por restringir indevidamente a competência constitucionalmente prevista dos Tribunais de Contas, uma vez que o inciso II do art. 71 da CFRB não faz qualquer ressalva à prestação de contas e posterior julgamento por parte de agente político, motivo pelo qual a dualidade na prestação de contas deveria ser mantida mesmo no caso do prefeito, que também atua como ordenador de despesas.

Em terceiro plano, temos a *competência fiscalizadora*, uma de suas atribuições mais clássicas, prevista desde o seu início. Diz respeito à fiscalização dos atos da administração pública no que tange à legalidade e à auditoria contábil. Esta é a inteligência dos incisos III, IV, V e VI do art. 71 da constituição:

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; (BRASIL, 1988)

Em sua obra, Manoel Gonçalves (1983, p. 89) compreende a competência fiscalizatória dos Tribunais de Contas como um “exame analítico das operações contabilizadas de caráter financeiro e orçamentário para atestar a exatidão dos registros e veracidade dos seus comprovantes”. De fato, o ilustre autor sustenta amplos poderes ao controlador externo, afirmando, inclusive, que a norma constitucional permite realizar as inspeções que julgar necessárias para a verificação de conformidade de qualquer dos três poderes. Veja que aqui temos tanto as competências que podem ser exercidas de ofício por parte dos Tribunais de Contas como também àquelas exercidas em apoio ao poder Legislativo.

Assim, compete aos Tribunais de Contas a realização de auditorias e inspeções em órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive para tomada de contas

especiais, como é da praxe do sistema nacional de Tribunais de Contas⁴⁷. Na prática, as auditorias e fiscalizações são realizadas por meio de sistemas informatizados ou com inspeções *in loco* realizadas por auditores de contas. As suas conclusões do corpo instrutivo dão aos tribunais elementos para julgar, para fazer determinações aos gestores e, inclusive, para aplicar-lhes sanções em caso de infringência do ordenamento jurídico (SIMÕES, 2014, p. 352).

Nessa espécie, podemos incluir também a relevante competência para fiscalizar os procedimentos licitatórios da administração pública. Em consonância com os artigos 4º e 113 da Lei federal nº 8666/1993 – o Estatuto das Licitações Públicas – o Tribunal de Contas possui poderes inclusive para determinar a suspensão cautelar dos procedimentos que, de acordo com sua compreensão, possam resultar em lesão ao erário no exercício das suas funções sancionadora e corretiva.

Também se destaca pela norma acima a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria. Tão importante é a sua relevância que foi editada súmula vinculante acerca do tema. O enunciado nº 3 da súmula do STF ratifica a garantia à ampla defesa e ao contraditório nos processos que tramitam junto à Corte de Contas, mas ressalva justamente essa análise de homologação da concessão de aposentadorias, reforma e pensão, compreendendo o Supremo tratar-se de ato complexo, competindo ao fiscal apenas a verificação dos valores concedidos.

Diante do exercício de sua competência judicante e fiscalizatória, o Tribunal de Contas pode aplicar, de plano, as sanções aos administradores ou comunicar ao poder de direito para a adoção das medidas necessárias, como será visto adiante.

Em quarto plano, temos a *competência informativa* dos Tribunais de Contas. Dispõe o inciso, VII do art. 71 da constituição que compete aos Tribunais de Contas “prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas”

Os Tribunais de Contas possuem ainda a função informativa, na condição já tratada de prestar auxílio a outros poderes. Posicionando-se acerca da norma em comento, Ives Gandra Martins (2002, p. 51) sustenta que

O Congresso Nacional tem o poder de solicitar informações, cabendo ao Tribunal atendê-las. Não havendo limites temporal ou explicações sobre as circunstâncias em que tais informações possam ser solicitadas, há de se admitir que o Congresso

⁴⁷ Procedimento disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/contas/tomada-de-contas-especial/conheca-a-tomada-de-contas-especial.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019

Nacional poderá exigir o tipo de informações que desejar, em qualquer circunstância, devendo o Tribunal atender o demandado. O órgão decisório é, portanto, o Parlamento. Mais do que isto. Cada uma das Casas tem a faculdade de impor a solicitação, cabendo ao Tribunal acatá-la. E, dentro de cada uma das Casas, qualquer das Comissões tem o mesmo poder, em inequívoca demonstração de que o Tribunal continua como órgão técnico de suporte às decisões políticas do Congresso.

Apesar da abrangência expressamente disposta na norma constitucional por meio de normas regimentais (que encontram respaldo na doutrina e jurisprudência⁴⁸, diga-se de passagem), tal competência informativa vem sendo mitigada. A restrição mais comum diz respeito à impossibilidade de o membro do Legislativo, por si só, solicitar o préstimo de informações, exigindo-se, para o cumprimento do mister, que o pedido de informações seja formalizado através de uma comissão de membros. A justificativa para tanto é a aplicação do “princípio da colegialidade, de forma que o poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada casa ou de suas comissões, e nunca aos membros individualmente” (WILLEMANN, 2017, p. 244).

Imperioso destacar que, apesar de a norma constitucional fazer expressa menção apenas ao Congresso Nacional, a doutrina compreende que todos os poderes podem se auxiliar da competência técnica das Cortes de Contas⁴⁹. Ademais, conforme já exposto, o Tribunal de Contas não é o único órgão autônomo e independente. Assim, por exemplo, muito comum que os resultados de auditorias e inspeções transitem entre os Tribunais de Contas e Ministério Público, por exemplo, uma vez que o *parquet* possui, de forma autônoma, a competência para ajuizamento de ações judiciais que também têm o condão de responsabilizar os gestores públicos e privados.

Em quinto plano, temos a *competência sancionadora* dos Tribunais de Contas. O supracitado inciso VI do art. 71 da CFRB já contém expressa menção à possibilidade de aplicação de sanções diretamente por parte dos Tribunais de Contas em caso de irregularidade que resulte prejuízo ao erário público. Por conseguinte, o inciso VIII do mesmo dispositivo é mais específico ao tratar da competência sancionadora desses órgãos de controle externo, ao garantir-lhes poderes para “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

⁴⁸ STF, ADI nº 3.046, Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 15 abr. 2004.

⁴⁹ Conforme já exposto, os próprios Tribunais de Contas compreendem a sua missão institucional como de auxílio aos demais poderes. O TCE/RJ, por exemplo, afirma que “O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro trabalha não só em auxílio à Assembleia Legislativa, mas também, quando solicitado, ao Executivo, Judiciário, Ministério Público, Receita Federal, demais tribunais de contas e outros setores.” Disponível em: <http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/atribuicoes>. Acesso em: 21 jun. 2019.

Trata-se de salutar inovação da CFRB, dando maior efetividade à atuação do órgão, o que, evidentemente, possui estreita relação com a imperiosidade do *enforcement* do qual tratamos nas primeiras páginas deste trabalho. Assim, não basta o reconhecimento da antijuricidade do ato administrativo, imperioso que também se apliquem às suas “consequências materiais voltadas para a punição e para a recomposição de prejuízos” (WILLEMAN, 2017, p. 256). Considerada uma competência autônoma, cabe apenas ao Tribunal de Contas a aplicação da sanção que julgar conveniente, um exercício de discricionariedade vinculada, conforme será mais bem estudado nos capítulos seguintes.

Por fim, a *competência corretiva* diz respeito às providências que devem ser tomadas quando da verificação da irregularidade, situação em que o Tribunal de Contas pode assinar prazo para que a administração adote as providências necessárias à sua conformação. A conselheira Marianna Willeman (2017) apresenta interessante percepção de que, *in casu*, “trata-se de um controle de natureza híbrida, por meio do qual o Tribunal de Contas intervém no plano da produção de efeitos do ato administrativo *a posteriori*, buscando impedir a consumação de despesas que dele decorreriam”. De fato, especialmente considerando o poder geral de cautela⁵⁰ consistente na edição de medidas cautelares em processos administrativos de sua competência, os tribunais atuam de maneira proativa na proteção do erário.

A norma constitucional dispõe de um duplo regime no caso de não atendimento das medidas arbitradas pela Corte de Contas, fazendo uma distinção de consequências jurídicas aplicáveis quando da análise de ato administrativo para a verificação dos contratos administrativos, sendo, na prática, os grandes instrumentos voltados à execução das despesas previstas nos orçamentos públicos.

A ilegalidade verificada no próprio ato administrativo permite que o Tribunal de Contas, de maneira unilateral e autônoma, sempre respeitando o contraditório, possa unilateralmente sustar o ato *sub judice*, para só então comunicar o ocorrido ao poder Legislativo. Os efeitos do mandamento do Tribunal de Contas são imediatos, suspendendo e retirando a eficácia do ato administrativo questionado, mas nunca o anulando por ser prerrogativa do poder que o editou. Aqui, incluem-se os editais licitatórios que lhes chegam ao conhecimento antes mesmo de sua publicação (inclusive por meio da representação formulada por particulares). Revela-se que a “forma mais direta e segura de evitar a consumação de ilegalidades e a violação do nome da moralidade está em se permitir a

⁵⁰ STF, MS nº 24.510, Pleno, relatora ministra Ellen Gracie. Julgado em: 19 nov. 2003.

apreciação dos editais licitatórios ainda antes da abertura do certame concorrencial” (CASTRO, 1997, p. 500).

De outro lado, o Tribunal de Contas não pode, de plano, sustar os efeitos do contrato questionado. No limite de sua competência, o órgão deve comunicar ao Legislativo para que então este poder determine ao Executivo a adoção das medidas cabíveis. Apesar de, com uma mão, a Constituição apresentar certa restrição à atuação da Corte de Contas, prestigiando assim o exercício político da Casa Legislativa, com a outra mão confere a prerrogativa de que, caso o parlamento ou a administração quedem silentes na adoção das medidas necessárias, pode o próprio Tribunal de Contas, por força do art. 71, §2 da CFRB, deliberar pela implementação impositiva das medidas que julgar pertinentes.

Em qualquer dos casos, em face de irregularidade que chegue ao seu conhecimento, o Tribunal de Contas tem poderes para representar ao órgão competente. O principal destinatário das representações é o Ministério Público, que possui legitimidade para adoção de medidas judiciais em face dos responsabilizados pelos Tribunais de Contas, em especial pelo ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa e ações criminais.

Percebe-se, portanto, que os Tribunais de Contas possuem amplo espectro de atuação no exercício do controle externo da administração pública. Inclusive, eles detêm competência para atuar em objetos extremamente sensíveis à política nacional. Em virtude de sua capacidade interventiva, o processo de escolha dos seus membros possui regras próprias que buscam equilibrar a composição do órgão, conferindo-lhe a legitimidade necessária à sua atuação.

1.5 Composição técnico-política: a escolha de seus membros e a legitimidade na atuação

Os Tribunais de Contas transitam entre os poderes estatais constituídos, dotados de competências constitucionalmente previstas que lhe dão ingerência em diversas áreas que órgãos puramente técnicos não costumam atuar, muitas vezes, confundindo suas atuações administrativas com a de natureza política.

O processo de escolha de seus membros é tema que há muito vem levantando questionamentos, não apenas no Brasil, como também nas ISCs espalhadas pelo mundo. Diversos são os estudos que relacionam o processo de escolha dos membros que compõem

essas instituições e o nível de sua autonomia. O ponto nodal que aqui se avalia é justamente este: a medida que um processo sério de escolha dos membros que compõem o Tribunal de Contas é suficiente para garantir o exercício legítimo e independente fundamental à controladoria externa da administração⁵¹.

Assim, é possível afirmar que a “força, imparcialidade e independência de uma corte é uma questão de engenharia constitucional e está intimamente ligada à forma pela qual os seus membros julgadores são indicados e aos termos para os quais eles servem” (ACKERMAN, 2000, p. 667 apud FERREIRA JUNIOR, 2015, p. 120).

Ao rememorar o ideal de Ruy Barbosa na criação dos Tribunais de Contas (AMORIM; NETO, 2014, p. 353), é possível perceber que a preocupação com os critérios para a nomeação dos membros e a sua relação direta com a eficácia da atuação do Tribunal de Contas é tema central desde a própria origem da Corte de Contas no Brasil. A “necessidade de agir no estrito interesse público – que revela sua preocupação com a moralidade administrativa” é formalmente manifestada na exposição de motivos do Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890:

[...] contanto que a escolha do pessoal inaugurador não sofra a invasão do nepotismo; que ela fique absolutamente entregue à responsabilidade de um ministro consciencioso, inflexível, imbuído no sentimento da importância desta criação; que aos seus primeiros passos presida a direção de chefes escolhidos com a maior severidade, capazes de impor-se ao país pelo valor nacional dos seus nomes e de fundar a primeira tradição do Tribunal sobre arestos de inexpugnável solidez (BARBOSA, 1999, p. 262).

De fato, além de produzir efeitos na sua autonomia, o processo de escolha passa também por um questionamento acerca da própria legitimidade do Tribunal de Contas. Quem conduz os órgãos são seus membros; se os membros atuam de forma ilegítima, o próprio Tribunal de Contas é posto em xeque.

Ensina Weitz-Shapiro, de Moraes e Hinthorn (2015), que a independência de cada conselheiro depende de dois pontos: a natureza da sua indicação e o nível de proteção que recebe quando assume o posto. Portanto, neste tópico, buscam-se apresentar as regras constitucionais para a escolha dos membros dos Tribunais de Contas, as prerrogativas

⁵¹ Em virtude de recentes denúncias cometidas por membros dos Tribunais de Contas, o modelo de seleção dos Ministros e Conselheiros passou a repercutir também na opinião pública. O Jornal “O Globo”, mídia de alta circulação, já realizou um editorial sobre o tema, dando-lhe como título *Modelo de indicações políticas está no centro dos desvios do TCE*, e uma reportagem com a manchete *Tribunais de Contas em xeque: Denúncias colocam em dúvida modelo de indicações políticas*. Disponíveis em: <https://oglobo.globo.com/brasil/modelo-de-indicacoes-politicas-esta-no-centro-dos-desvios-no-tce-21129453> e <https://oglobo.globo.com/brasil/tribunais-de-contas-em-xeque-denuncias-colocam-em-duvida-modelo-de-indicacoes-politicas-21518440>. Acesso em: 08 jun. 2019.

inerentes a sua atuação, para, ao fim, avaliar a legitimidade na atuação desse órgão de cúpula constitucional.

1.5.1 Composição e o processo de escolha dos seus membros

A composição dos órgãos que compõem o sistema nacional de Tribunais de Contas não é idêntica, ainda que consideravelmente harmônica, devendo-se observar a simetria funcional com o Tribunal de Contas da União, uma vez que as regras para a sua composição são delineadas por normas de hierarquia constitucional e irradiam por todo o ordenamento jurídico por força do art. 75 da Carta Magna.

O art. 73 da constituição federal⁵² dispõe que o Tribunal de Contas da União será integrado por nove ministros, sendo um terço indicado pelo presidente da República e os outros dois terços pelo Congresso Nacional. Em caso de vacância, a competência para a escolha do próximo ministro será definida de forma que a composição seja sempre mantida nesse mesmo quantitativo⁵³, mantendo-se o equilíbrio, sob pena, inclusive, de violação à separação dos poderes. Conforme já exposto, os Tribunais de Contas atuam precipuamente em auxílio ao poder Legislativo, motivo pelo qual a maioria dos seus ministros é escolhida pelo Congresso Nacional. Essa Instituição Superior de Controle não deve, no entanto, ser comandada por um poder constituído apenas, tendo em vista o seu caráter fluído entre os poderes e, por isso mesmo, compete também à chefia do poder Executivo nomear parte considerável dos seus membros.

O processo de escolha pelo Congresso Nacional, infelizmente, não possui um rito próprio descritivamente regulamentado⁵⁴, sendo que a indicação parte das lideranças

⁵² Na constituição vigente, havia uma composição distinta, prevendo a norma constitucional que todos os membros seriam nomeados pelo chefe do Executivo após aprovação do Legislativo. Com o advento da constituição federal, houve um momento nebuloso de transição, tanto é que o processo de seleção e nomeação fora judicializado (Supremo Tribunal Federal, ADI 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-3-2003, Plenário, DJ de 2-5-2003).

⁵³ Essa disposição foi especificada pelo art. 35 do Regimento Interno do TCU - Resolução-TCU Nº 246, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>. Acesso em: 8 jun. 2019.

⁵⁴ O Decreto Legislativo nº 6, de 1993, regulamenta a escolha de ministros do Tribunal de Contas da União pelo Congresso Nacional. Em que pese não especificar um devido processo legal e público para a escolha do Ministro, aponta como prerrogativa das lideranças da Casa a indicação de candidato à vaga. A Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal e a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados também gozam de certo protagonismo, uma vez que emitem pareceres prévios sobre a escolha.

partidárias do Congresso Nacional, muitas vezes recaindo sobre os próprios pares delas⁵⁵. Interessante notar que muitas das assembleias estaduais já regulamentaram procedimentos próprios para a escolha dos conselheiros estaduais, inclusive prevendo a publicação de edital para convocação de cidadãos interessados em se candidatar à vaga⁵⁶.

Por sua vez, o processo de escolha por parte do presidente da República é bem mais restritivo. De fato, apenas uma das suas três vagas pode ter por indicação pessoa de sua livre escolha, pois as outras duas vagas devem ser necessariamente ocupadas, alternadamente, por auditores efetivos e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, cabendo ao presidente da República nomear os seus ministros a partir de listas tríplices editadas pelo próprio Tribunal de Contas a partir de critérios de merecimento e antiguidade.

A bem da verdade, os Tribunais de Contas estaduais e municipais seguem também, em sua maioria, a simetria exigida à União. Prevaecem na jurisprudência Cortes Superiores, em que dos sete conselheiros, três serão indicados pelo poder Executivo e os outros quatro pelo poder Legislativo⁵⁷. Cabe às constituições estaduais e leis orgânicas disciplinar o processo de escolha de forma que o equilíbrio dessa composição seja mantido⁵⁸.

Imperioso destacar que, em todos os casos, os nomeados devem observar requisitos constitucionalmente exigidos. Aqui, ao nosso sentir, é onde o cenário teórico constitucionalmente exigido destoa, e muito, da realidade prática.

Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 73 da constituição federal, os ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: i) mais de 35 e menos de 65 anos de idade; ii) idoneidade moral e reputação ilibada; iii) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; iv) mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

⁵⁵ Será visto adiante interessante pesquisa da Organização Transparência Brasil, que demonstra a alta quantidade de indicações de agentes políticos para o cargo de membro do Tribunal de Contas. Por hora, indica-se a entrevista com o presidente da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas, que defende sobremaneira a participação dos servidores de carreira na direção do órgão. Disponível em: https://www.antcbrasil.org.br/index.php?secao=noticias&visualizar_noticia=660. Acesso em: 8 jun.2019.

⁵⁶ Esse é o rito, por exemplo, disposto no art. 241 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro.

⁵⁷ O enunciado sumular nº 653 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “No tribunal de contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha”.

⁵⁸ O STF possui firme jurisprudência, vedando que a ordem de escolha ocorra apenas por critério cronológico, pois, por consequência, poderia desequilibrar a composição parametrizada pela CFRB (STF, ADI 3.688, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 11-6-2007, Plenário, DJ de 24-8- 2007).

O critério etário é justificável para fins de maturidade intelectual⁵⁹ e duração razoável do mandato do ministro. A idade mínima para o exercício de função pública é exigida para uma série de cargos políticos, em especial ao de presidente da República e ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais devem também ter mais de 35 anos de idade para exercer o seu mandato. No outro limite, a idade máxima de 65 anos revela-se razoável, uma vez que, na redação originária da constituição federal, a aposentadoria compulsória do ministro do TCU ocorria aos 70 anos de idade, aqui também guardado simetria com os Ministros do STF. De forma a garantir uma duração razoável ao mandato do ministro recém-nomeado e talvez também evitando o desgaste institucional inerente à substituição de um cargo como esse da mais alta relevância, exige-se que o cidadão indicado a ministro do TCU possua, no máximo, 65 anos de idade, em uma tentativa de garantir ao menos cinco anos de atuação ininterrupta. No entanto, é fundamental destacar que, através da emenda constitucional nº 88, de 2015, a aposentadoria compulsória atualmente ocorre aos 75 anos de idade, garantindo mais cinco anos de atuação além do limite etário originalmente previsto e que não fora reformado.

A idoneidade moral e a reputação ilibada, a par de serem requisitos fundamentais, possuem uma conceituação demasiadamente aberta. É inegável a absoluta relevância do critério moral para o exercício de um cargo de cúpula em que a atuação do ministro ocorre justamente no controle externo da administração pública e no combate à corrupção. Não é concebível que pessoa de idoneidade moral questionável seja o condutor do processo de responsabilização de outros agentes públicos. No entanto, por se tratar de critério aberto, sem que a norma constitucional lhe tenha dado concretude, muito se questiona acerca do atendimento a esse requisito. Tendo por objeto o processo de escolha dos ministros do TCU – o que se faz por recorte teórico – nem a lei orgânica do TCU e nem o seu regimento interno fazem quaisquer referências a atestados, certidões ou outras formas de comprovação de idoneidade moral, motivo pelo qual, muitas das vezes, esse crivo passa pela análise da opinião pública ou até mesmo do poder Judiciário.

Por último, e não menos importantes, temos os critérios técnicos delineados na constituição federal. É exigido o notório conhecimento em diversas áreas, não apenas jurídicas, mas também contábil, financeira e econômica ou de administração pública. Tal requisito de competência é fundamental diante da complexidade e pluralidade de temas a

⁵⁹ Inclusive, atualmente, o Congresso Nacional discute a extensão dessa exigência também para outros cargos de alta relevância, como juízes de direito e promotores de justiça. Tramita a PEC nº 399/2014, que passa a exigir do bacharel em Direito, no mínimo, 30 anos de idade e três anos de atividade jurídica para ingresso nas carreiras de juiz, promotor e delegado da Polícia Federal e Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=613261>. Acesso em: 8 jun. 2019.

serem tratados pelo ministro no seu ofício diário. Como vimos, os Tribunais de Contas possuem ampla jurisdição administrativa no exercício do controle externo da administração pública, motivo pelo qual nada mais justo que os seus membros também possuam como requisito para o ingresso neste órgão notório conhecimentos técnicos. Para comprovação do notório saber, não se exige qualquer qualificação normal, compreendendo o STF tratar-se de requisito de natureza subjetiva⁶⁰.

Além do conhecimento puramente técnico, são impostas também a efetiva prática e a implementação desse conhecimento em atividade profissional. A obrigação de que o nomeado possua mais de dez anos no exercício de função (pública ou privada) que exija os conhecimentos acima expostos, ao nosso sentir, tem relação tanto com o critério técnico quanto com o critério etário, sendo, na verdade, um congraçamento de ambos. O conhecimento teórico aplicado à prática e o seu reconhecimento social como um profissional competente nessa área de atuação consistem na aptidão e na autoridade para a ocupação do cargo de ministro do Tribunal de Contas.

Por força do art. 75 da constituição e da conformação do sistema nacional de Tribunais de Contas, os Estados e municípios (aqueles legitimados a tanto) possuem regras simétricas ao aqui disposto, utilizando como referência o processo indicado aos ministros dos Tribunais de Contas da União. Salvo algumas especificidades já citadas e outras que julgamos fugir à pertinência desta pesquisa, a harmonia do sistema nacional é respeitada, mantendo-se precipuamente os mesmos requisitos para nomeação de ministros e conselheiros.

Percebe-se, portanto, que a composição do Tribunal de Contas possui uma natureza técnico-política. Ainda que, pelo menos por força constitucional, os seus membros precisem demonstrar inequivocamente a sua competência técnica, eles passam necessariamente por um processo político de escolha, uma vez que transitam pela estreita relação com poderes políticos constituídos. A confiança política naquele que é indicado e nomeado ao cargo é inerente a esse processo de seleção pública.

A problemática dessa composição será mais bem explorada à frente ao analisarmos a legitimidade da atuação dos Tribunais de Contas, como as questões da teoria da captação e até mesmo a inobservância dos requisitos constitucionais.

⁶⁰ “Tribunal de Contas estadual. Conselheiros. Nomeação. Qualificação profissional formal. Notório saber. A qualificação profissional formal não é requisito à nomeação de conselheiro de tribunal de contas estadual. O requisito notório saber é pressuposto subjetivo a ser analisado pelo governador do Estado, a seu juízo discricionário” (AO 476, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, julgamento em 16-10-1997, Plenário, DJ de 5-11-1999).

1.5.2 Garantias e prerrogativas protetivas ao exercício da controladoria externa

A constituição federal prevê garantias e prerrogativas inerentes ao cargo não apenas de ministro/conselheiro do Tribunal de Contas, mas também dos próprios servidores públicos que atuam nesse mister. Revisitando a exposição de motivos da criação da primeira Corte de Contas, é possível perceber que a proteção jurídica conferida aos seus membros sempre foi uma clara preocupação institucional para que eles, “cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil” (BARBOSA, 1999, p. 254).

Ainda que alterada pela emenda constitucional nº 20/1998, desde a redação originária da constituição federal, é afiançado aos ministros do Tribunal de Contas da União que “terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça”. O mesmo se aplica aos conselheiros estaduais e municipais, conforme jurisprudência do STF,⁶¹ ao interpretar o teor do art. 75 da CFRB.

O signo “garantia” pode ter diversos significados, até porque não são raras as vezes em que o termo é empregado como sinônimo de “prerrogativa”. Ensina a melhor doutrina que “existem as garantias sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar” (BONAVIDES, 2004, p. 525). A garantia então seria um meio de defesa em favor de um direito: no caso em estudo, em defesa das prerrogativas dos ministros.

As prerrogativas são verdadeiramente os direitos dos membros dos Tribunais de Contas, fundamentadas em condições legais, específicas e indispensáveis ao regular exercício de função pública, ditas necessariamente ao interesse social e público. Configuram uma rede de proteção “contra o arbítrio de determinados gestores públicos, permitindo que os

⁶¹ Por todos: “Equiparação constitucional dos membros dos tribunais de contas à magistratura – garantia de vitaliciedade: impossibilidade de perda do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas local, exceto mediante decisão emanada do Poder Judiciário. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos mesmos predicamentos que protegem os magistrados, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c o art. 73, § 3o), que representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes. A Assembleia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, *ex propria auctoritate*, a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de exercer, sobre referido agente público, uma (inexistente) jurisdição política” (ADI 4.190-MC-REF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-3-2010, Plenário, DJE de 11-6-2010).

servidores desempenhem suas atribuições sem pressões e com profissionalismo, independência, dentro de uma regra de competência previamente definida” (ISMAEL FILHO, 2018, p. 111).

O sistema de garantias e prerrogativas conferidas aos membros dos Tribunais de Contas amolda-se perfeitamente ao melhor interesse público, uma vez que visam assegurar a autonomia e a independência do próprio ministro, para que a atuação se desenvolva de maneira independente e institucional.

Forçoso reconhecer (o que se faz de bom grado) que tamanha proteção jurídica acaba por resguardar também o órgão como um todo, já que a condução do seu trabalho é dirigida justamente por seus membros. Nesse sentido, não há como dissociar as garantias e prerrogativas dadas aos ministros do caráter autônomo e independente do próprio Tribunal de Contas.

In casu, o art. 73, §3 da constituição federal consiste em norma de extensão, fazendo remissão às garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, que são precipuamente aquelas previstas no artigo 95 da Constituição. As principais prerrogativas, dada a função que lhe dá a dignidade constitucional, são, no Brasil de hoje, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, o que é também disposto pelo art. 73 da lei orgânica do Tribunal de Contas da União.

O caráter vitalício do cargo é seguramente o ponto que levanta maiores questões. A bem da verdade, desde a sua criação, os cargos dos ministros possuem natureza vitalícia⁶², equiparando-os aos juízes das mais altas cortes do país. Obtido o vitaliciamento, o afastamento definitivo do ministro do Tribunal de Contas da União ocorrerá pela aposentadoria ou por afastamento forçado veiculado em sentença judicial transitada em julgado, lembrando que compete ao Supremo Tribunal Federal o seu julgamento nos crimes de responsabilidade, na forma do art. 102, inciso I, alínea “c” da constituição federal.

A duração do mandato e a sua desvinculação ao ciclo de eleições serve para reduzir as influências externas ao seu exercício⁶³. Assim, segundo Speck (2000), o objetivo é que a longa permanência no cargo leve a uma composição pluralista do Tribunal, uma vez que é composto

⁶² Nos países da Comunidade Europeia, esse modelo de vitaliciedade é adotado atualmente na Alemanha, França, Holanda, Finlândia, Grécia, Luxemburgo, Portugal, Dinamarca, Inglaterra, Itália e Irlanda, entre outros. (SPECK, 2000, p. 48).

⁶³ Alguns exemplos atuais de duração prolongada dos mandatos dos diretores nomeados das instituições superiores de controle financeiro são a Bélgica, a Suécia (ambos com mandatos de seis anos, renováveis por mais um período), a Espanha (nove anos), a Áustria e os Estados Unidos (12 anos) (SPECK, 2000, p. 48).

por membros indicados pelas mais variadas lideranças políticas. Nessa toada, a vitaliciedade serviria como um contraponto a uma lealdade política do Ministro àqueles que o indicaram⁶⁴.

Os vencimentos e vantagens dos ministros do TCU também são os mesmos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, o que será disposto por força de lei, sempre observando o regramento insculpido no art. 37, inciso XI da constituição federal, que trata do teto remuneratório dos servidores públicos.

Esse arcabouço jurídico de proteções e vantagens jurídicas é extensível aos conselheiros estaduais e municipais. Conforme já exposto, a simetria é imposta aos Estados-membros e municípios no exercício do seu poder decorrente⁶⁵.

Pois bem. Como em qualquer sistema normativo coeso, quem tem direitos também possui deveres e ônus a sustentar. Assim, a norma constitucional também prevê impedimentos e vedações, os quais também se justificam de forma a garantir a imparcialidade.

Os artigos 74 e 76 da lei orgânica do Tribunal de Contas especificam as vedações à atuação dos Ministros: i) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; ii) exercer cargo técnico ou de direção de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, sem remuneração; iii) exercer comissão remunerada ou não, inclusive em órgãos de controle da administração direta ou indireta, ou em concessionárias de serviço público; iv) exercer profissão liberal, emprego particular, comércio, ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista ou cotista sem ingerência; v) celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação, sociedade instituída e mantida pelo poder público ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante; e vi) dedicar-se à atividade político-partidária.

Os impedimentos e vedações visam assegurar a imparcialidade dos magistrados, complementando o conjunto de garantias que possuem mais relação com a sua própria

⁶⁴ Veja que a mesma *ratio* pode ser aplicada aos Ministros de Tribunais de Justiça Superiores que também passam por um processo político de seleção. Por todos, podemos destacar o caso ex-Ministro Joaquim Barbosa, indicado pelo Presidente da República filiado ao Partido dos Trabalhadores (PT) e sabatinado pelo Congresso Nacional quando o PT era a maioria do Legislativo, mas mesmo assim votou de forma contrária aos interesses deste partido, condenando à pena restritiva de liberdade diversos membros da diretoria do PT quando do julgamento da Ação Penal 470 – Caso Mensalão.

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 183-3/MT. Relator Ministro Sepulveda Pertence. Brasília, 7 de agosto de 1997. No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98-5/MT. Relator: Ministro Sepulveda Pertence. Brasília, 18 de outubro de 1989.

independência e proteção a efeitos externos. Nessa aparente dicotomia, interessante o escol de José de Albuquerque Rocha (1995, p. 30):

Independência e imparcialidade, embora conceitos conexos, eis que servem ao mesmo valor de objetividade do julgamento, no entanto têm significações diferentes. Enquanto a imparcialidade é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo, pois, só então é possível conhecer a identidade do juiz e das partes e suas relações, a independência é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder Judiciário, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos.

Pelo exposto, é possível perceber a preocupação do constituinte originário com a independência, imparcialidade e até mesmo com a autonomia no atuar dos ministros, conferindo-lhes verdadeiro estatuto protetivo. A atuação do membro livre de qualquer suspeita é fundamental para que o próprio Tribunal de Contas goze da legitimidade plena ao exercer a sua jurisdição de contas conforme atribuição prevista constitucionalmente.

1.5.3 Legitimidade na atuação dos Tribunais de Contas

Ao tratar da legitimidade na atuação dos Tribunais de Contas, socorremo-nos dos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um dos maiores estudiosos de Direito administrativo no Brasil e um grande entusiasta da pesquisa sobre essa Instituição Superior de Controle.

Ensina o ilustre administrativista que a legitimidade pode ser dividida em originária, concorrente e finalística (teleológica). Apenas através dessa compreensão, é possível compreender a legitimidade plena da ação do poder público.

Pois bem. A legitimidade originária é aquela que provém de um título. Em um Estado Democrático de Direito, o título justifica-se pelo consenso na sociedade de que aquele sujeito político é legítimo a atuar. Como exemplo desse consenso que justifica a legitimidade temos “a capacidade técnica comprovada, como se pratica para a escolha dos magistrados e dos agentes públicos em geral, ou, como é mais difundida para a composição dos parlamentos e para as chefias de Estado e de governo, pelo pleito eleitoral” (NETO, 2004, p. 121).

No entanto, a legitimidade originária exaure-se no próprio ato da sua investidura, momento em que entra em cena a necessária legitimidade concorrente. Como bem aponta Neto (2004, p. 121), “tão logo o detentor do poder político passa a tomar decisões será

necessário confrontar seu desempenho com as expectativas dos governados”. Ainda seguindo o exemplo supracitado, a chefia de Estado que passa atuar em contradição com o discurso utilizado no pleito eleitoral – discurso este que gerou consenso no seu título – passa a desconstruir a sua legitimidade concorrente, uma vez que a atuação após a investidura não atende às expectativas dos governados.

Veja, portanto, que a legitimidade concorrente revela-se um processo contínuo de avaliação e possui estreita relação com o postulado democrático que tanto discutimos no início deste trabalho, sendo certo que o agente político passa necessariamente a conviver com uma permanente aferição da legitimidade concorrente pelo resultado.

Por fim, a legitimidade finalística é atingida quando, de fato, a expectativa gerada é concretizada: “será essa confrontação, entre o que deveria realizar, a partir de sua proposta, e o que de fato realizou, a derradeira aferição qualificatória da legitimidade – a legitimação finalística” (NETO, 2004, p. 122). Essa verificação final consiste na própria atuação do agente escolhido por meio de um consenso, o qual passou por esse processo de manutenção de legitimidade e que, ao final, demonstrou atuar nos conformes da expectativa gerada pela sua titulação: temos aqui a finalidade teleológica.

Pelas considerações expostas, a legitimidade plena é atingida

quando coincidem as escolhas democráticas subjetivas e as objetivas – dos agentes políticos e das políticas a serem perseguidas – e, na prática, quando satisfazem com plenitude à aplicação dos múltiplos controles de juridicidade à disposição da sociedade (FIGUEIREDO NETO, 2004, p. 123).

Transportando esses conceitos à realidade dos Tribunais de Contas, é possível discutir a legitimidade da atuação dessa Instituição Superior de Controle e, em especial, um dos seus temas mais pujantes: a cooptação política de seus membros e a lealdade de origem.

Em seu trabalho, o conselheiro do TCE/SC Ferreira Junior (2015) afirma que os Tribunais de Contas carecem de legitimidade plena, cometendo faltas nas três formas de legitimação: na legitimação originária, em virtude das anomalias na nomeação de seus membros; na concorrente, com vistas à frustração da sociedade em geral; e na finalística, pela percepção negativa quanto aos resultados gerados pela instituição de controle. Ousamos discordar, ao menos em parte. De fato, o arcabouço jurídico delineado, até então muitas vezes, não se reflete na *práxis* político-administrativa.

A legitimidade originária – a que diz respeito à investidura dos ministros e conselheiros – é suficientemente delineada na constituição federal, norma fundamental que legitima todos os poderes instituídos. Há, sim, critérios técnicos que dão azo ao consenso. Em que pesem as justificadas críticas quanto ao desrespeito ao devido processo constitucional de

seleção insculpido no artigo 73 da CFRB, o fato é que as regras ali dispostas, ao menos se efetivamente cumpridas, são hábeis, sim, a conferir a legitimidade originária ao membro do Tribunal de Contas.

A legitimidade concorrente, ao nosso sentir, é realmente falha nos Tribunais de Contas, primeiro, por não haver necessariamente um tom de discurso que tenha garantido ao postulante do cargo a sua investidura, até porque os requisitos para ingresso são outros, tal qual o notório saber jurídico, não sendo possível a confrontação entre o prometido e o realizado; segundo, e mais importante, porque a vitaliciedade, para além de uma garantia à sua atuação independente, releva-se também na impossibilidade do processo contínuo de avaliação citado por Diogo de Figueiredo. A vitaliciedade, por sua própria natureza, necessariamente tensionará com o postulado democrático.

Por fim, a legitimidade finalística, em conclusão ao processo de legitimação plena, revela-se um problema do Estado Democrático Brasileiro como um todo. O Tribunal de Contas, em apertada síntese, tem por objetivo o combate à corrupção por meio do controle externo das contas públicas. Diante de seguidos casos de corrupção noticiados diariamente, o natural é que o Tribunal de Contas, ao lado das demais instituições democráticas, tenham a sua legitimidade plena posta em xeque.

Ao nosso sentir, a grande questão na atuação legítima (ou não) da atuação dos Tribunais de Contas diz respeito à legitimidade originária e aos seus corolários. Um processo de escolha equivocado, com vício na investidura, ensejará na suspeita (muitas vezes concretizada) de atuação ilegítima ao longo de todo o mandato do membro da Corte de Contas, o que, evidentemente, causa a suspeição do órgão como um todo.

A doutrina ecoa o receio de que o vício na legitimação originária venha a desencadear faltas na própria atuação do ministro ou conselheiro, gerando o temido *deficit* de legitimidade plena do Tribunal. Por todos, Speck (2000, p. 47) afirma que “a nomeação por órgãos politicamente compostos, como o Executivo ou o Parlamento, aumenta o risco de que esses membros preservem as suas afinidades com o governo e sejam pouco rigorosos no controle daqueles que os indicaram ao cargo”.

Nesse sentido, Odete Medauar (1990, p. 126-127) propõe aprimoramentos a remediar os “habituais reclamos referentes à pouca eficácia da atuação dos Tribunais de Contas para impedir o mau uso dos recursos públicos”. A autora professa a pertinência na indicação majoritária por parte do poder Legislativo, mas, já naquele tempo, questionava o fato de ter assistido à indicação de nomes que servem muitas vezes “como prêmios à fidelidade política, como prêmio de fim de carreira política ou até mesmo para silenciar adversários político”.

A preocupação com a cooptação política dos altos cargos das Cortes de Contas é uma preocupação apontada em diversas obras e artigos científicos.

Em sua pesquisa de mapeamento do perfil dos nomeados ao cargo de conselheiro no Tribunal de Contas estadual, Machado (2017, p. 33) destaca os impactos que uma nomeação estritamente política causa dentro de um tribunal, sendo já percebida a sua tamanha relevância. Assim, “internamente, a chegada de novos conselheiros pode mudar a forma com que os técnicos e auditores fiscalizam as contas e preparam os relatórios. Também pode haver mudanças no julgamento das contas públicas, e o início de divergências entre os membros da corte”. No mesmo sentido, Melo (2014, p. 204-205) destaca que há risco de haver uma “desconexão entre o trabalho profissional produzido por seu quadro de auditores e a lógica política subjacente à tomada de decisões no topo do seu órgão tomador de decisões”.

Em que pesem os problemas reais com as nomeações estritamente políticas, é preciso sempre ter em mente que a CRFB delinea requisitos constitucionais aptos a conferir legitimidade à investidura do membro. Mesmo o conselheiro Adircélio Ferreira Junior, que pontua a já citada crítica à legitimidade originária, reconhece que, na verdade, o maior problema é justamente a desconexão do regramento constitucional e o que é posto em prática pelos poderes.

Percebe-se que o modelo de provimento idealizado pela Constituinte de 1988 é, no campo teórico, plenamente satisfatório no que diz respeito ao atendimento da legitimidade originária, já que os requisitos por ele exigidos seriam mais do que suficientes para um exercício do mister complexo que é o de controlar a administração pública.

[...]

Ocorre que, não raras vezes, não se verifica no campo fático a concretização dos pressupostos normativos dirigidos à escolha dos membros dos Tribunais de Contas (FERREIRA JUNIOR, 2015, p. 122).

A cooptação política pode e deve ser remediada por meio de critérios de pré-seleção por qualificação profissional. Em nosso ordenamento jurídico, há tais requisitos, o problema é que reconhecidamente não são observados, pelos mais variados motivos, alguns apontados acima por Odete Medauar já na década de 1990.

Acerca da inobservância dos requisitos constitucionais, o que, claro, possui estreita relação com a cooptação política, faz-se interessante apresentar a pesquisa realizada pela organização Transparência Brasil. A respeito do requisito de o indicado à vaga possuir reputação ilibada, por exemplo, Sakai e Paiva (2016) apontam que, desde a constituinte de 1988,

Dos 233 conselheiros, 53 possuem 104 citações ou condenações na Justiça e nos Tribunais de Contas. O tipo de ação mais comum é o de improbidade administrativa: são 44 ações que envolvem violações aos princípios administrativos, dano ao erário

e enriquecimento ilícito, atingindo 26 conselheiros. O segundo tipo de infração mais comum é peculato (apropriação de dinheiro ou bem por servidor público) com 12 ações, seguido de ações de nulidade da nomeação ao cargo de conselheiro (8 ações cada), corrupção passiva (7 ações), formação de quadrilha e lavagem de dinheiro (6 ações cada).

Veja que o problema é prático, não teórico. Os requisitos constitucionais estão lá; é preciso apenas que sejam respeitados.

Outro problema analisado pelo relatório do Transparência Brasil diz respeito à lealdade de origem no processo de escolha dos ministros e conselheiros. Há claramente a preferência, nesse processo de escolha, como já bem aponta Odete Medauar, pela indicação de agentes políticos para a ocupação das vagas nas Cortes de Contas.

Oito em cada dez conselheiros haviam ocupado, antes de sua nomeação, cargos eletivos (como prefeito, vice-prefeito, deputado estadual, deputado federal e senador) ou de nomeação com destaque político, como dirigentes de empresa pública ou autarquia, secretário estadual ou municipal. Quase metade já foi deputado estadual (107) (SAKAI; PAIVA, 2016, p. 7).

No mesmo sentido, Canello, Hidalgo e Lima (2015, apud MACHADO, 2017, p. 36) afirmam, em sua pesquisa, que “dentre as descobertas está presente que a taxa de rejeição de contas por parte dos burocratas nomeados é quase igual à dos apontados politicamente. Ou seja, mesmo os burocratas indicados agem de forma semelhante aos políticos e parentes designados”.

Nesse cenário, no ano de 2019, foi apresentada Proposta de Emenda à Constituição nº 30/2019⁶⁶ com vistas a (tentar) sanar as críticas aqui expostas. A proposta do Exmo. Senador Elmano Ferrer explicita alguns critérios originariamente previstos no art. 73, §1 da CF, como o que seria a “reputação ilibada” e a idoneidade moral para, por exemplo, equipará-las às condições de elegibilidade previstas na lei complementar nº 135/2010. Além disso, evitando a cooptação política e em plena convergência com as críticas de Odete Medauar, busca-se impedir que pessoas que tenham exercido mandato eletivo nos últimos cinco anos possam ser indicadas ao cargo de ministro do Tribunal de Contas da União. Por último destaque, há também a limitação do mandato do ministro, que agora passa a ser de dez anos, extinguindo-se a vitaliciedade do cargo.

Em que pese a pertinência da proposta apresentada, em especial por dar concretude a alguns conceitos abertos do art. 73 da CFRB, o forçoso reconhecimento do atual problema de cooptação política não precisa ser remediado necessariamente por meio de mais uma reforma

⁶⁶ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135972>. Acesso em: 8 jun. 2019.

constitucional, mas sim da própria observância dos requisitos constitucionais atualmente já dispostos.

O que se propõe aqui não é (mais uma) reforma constitucional, mas sim a concreta observância das normas constitucionais dispostas. Encontra-se valor na composição técnico-política, uma vez que a atuação da controladoria externa inevitavelmente tangenciará também o espectro político da governança pública, até porque não há governo que não se relacione politicamente com outras instâncias democraticamente constituídas. Além disso, em que pese a crise de legitimidade pela qual passa a nossa parca democracia, não se pode olvidar que os ministros e conselheiros são apontados por representantes democraticamente eleitos em sufrágio universal, o que lhes confere legitimidade na nomeação e na execução de suas atividades fiscalizatórias.

Veja que os questionamentos acerca de indicações de ministros do Supremo Tribunal Federal, STJ ou até mesmo Ministério da Justiça sofrem muito menos críticas do que as nomeações dos ministros dos Tribunais de Contas. A bem da verdade, como já fora exposto neste trabalho, o principal destinatário da atuação dos Tribunais é o cidadão, que deve ter o direito de participar legitimamente do pleito na busca por uma vaga na composição da Corte, o que não deve ser restrito apenas a uma tecnocracia composta pelos (ainda que valorosos) servidores de carreira.

Como aponta Speck (2000, p. 47), vários arranjos podem servir para contrabalancear a lealdade de origem e a cooptação política, sendo os mais importantes os critérios de pré-seleção por qualificação profissional e a duração de mandato. No que tange aos critérios de qualificação, a atual redação constitucional já os prevê, ainda que o cenário político seja de absoluto desrespeito às normas constitucionais. Por sua vez, o mandato vitalício traz relevante garantia – inclusive em consonância com o direito comparado – uma vez que contrapõe à fidelização e ao voto de cabresto do ministro, que agora pode atuar de forma independente ao espectro político, uma vez que não pode ser atingido em seu cargo.

Por todo exposto, ao nosso sentir, é evidente que o processo de escolha dos membros dos Tribunais de Contas tem colocado em xeque a legitimidade do órgão. O que se pretende demonstrar neste capítulo é que o problema não passa necessariamente por sua composição técnico-política, mas sim pelo desrespeito às regras constitucionais. O problema não é a escolha de um agente político para a ocupação do cargo, mas sim o indivíduo que está sendo nomeado para essa relevantíssima composição.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONJUNTO NORMATIVO DISPONÍVEL AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O primeiro momento deste trabalho foi dedicado à estrutura do Sistema Nacional dos Tribunais de Contas. Buscou-se verificar a sua origem democrática como instituição necessária à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, destacando os contornos constitucionais que delimitam a sua função e competências espalhadas por meio de uma composição federativa.

Agora voltamos ao estudo das regras e princípios disponíveis aos Tribunais de Contas no exercício de suas atribuições. Claro que não trataremos de todas as legislações que dão substrato à atuação diária fiscalizatória e propositiva dos órgãos de controle. Seria tarefa absolutamente inviável, especialmente considerando a variedade de áreas temáticas e diplomas normativos que são tratados hodiernamente pelos valorosos servidores das Cortes de Contas no exercício do seu mister. É necessário, portanto, realizar um recorte temático acerca dos microssistemas normativos que julgamos mais relevantes no processo de tomada de decisão a ser realizado pelos órgãos de cúpula desta Instituição Superior de Controle.

É nesse sentido, por exemplo, que a Lei federal nº 8.666/1993 não será exaustivamente trabalhada nesta pesquisa. Ainda que de inegável importância à praxe administrativa, trata-se de diploma legal setorializado voltado ao processo de aquisição de certos bens e serviços de natureza específica. Apesar de servir como norma geral das licitações e contratos, os tipos e procedimentos licitatórios ali previstos não são mais tão utilizados na Administração Pública, que, nos dias de hoje, trabalha com procedimentos mais e modernos previstos na Lei do Pregão (Lei federal nº 10.520/2002). No mesmo sentido, ainda que a Lei Geral de Licitações seja de grande valia, ao buscar a implementação de políticas públicas de grande porte, que envolvam a realização de obras e serviços complexos, deve ser dada preferência à Lei de Concessões Públicas ou até mesmo à Lei da Parceria Público-Privada, normas mais recentes vocacionadas ao dispêndio financeiro de grande porte.

É justamente em virtude da existência de um arcabouço normativo diverso e complexo que este trabalho se volta ao estudo das regras e princípios de natureza mais geral e abstrata, isto é, aquelas normas estruturantes da Administração Pública que auxiliam propriamente o processo de tomada de decisão do gestor público e, por conseguinte, dos membros dos Tribunais de Contas que o controlam externamente. Trata-se de um conjunto normativo disponível àqueles que exercem poder administrativo independente da área temática que se

atua/fiscaliza, seja para a contratação de bens e serviços, seleção e nomeação de pessoal, seja até mesmo para o complexo processo de implementação de políticas públicas.

Opta-se, portanto, neste trabalho, pela análise de normas basilares e estruturantes que deem sustentação jurídico-normativa para a atuação do Tribunal de Contas dentro de uma competência que promova o *accountability*, mas sem retirar a posição de prestígio que deve ser dada ao gestor público.

Com essa breve explanação, passamos a tecer breves considerações acerca do conjunto normativo disponível aos Tribunais de Contas.

2.1 Os princípios jurídicos no processo de tomada de decisão na Administração Pública

O processo de tomadas de decisões deve ser realizado por meio de um método. Como ensina Eduardo Bittar (2018), a atividade decisória é um processo que parte de textos normativos, mas se relaciona com toda uma frágil complexidade de um cenário fático real e eventual. Decidir é antes de tudo um ato de coragem. Ensina o professor que

De fato, o texto da norma é tomado como apenas um ponto de partida para o estabelecimento de uma cadência de todos os significados e todas as implicações que se referem a uma situação fática que demanda uma postura decisória. Para esta não é suficiente, portanto, um procedimento dedutivo de adequação norma/concretude, pois para tal adequação entre o jurídico e o fático pressupõe-se a intervenção de um agente decisório, frágil a uma miríade de elementos que condicionam seu agir (BITTAR, 2018, p. 687).

Assim, a partir de um direito positivado, busca-se determinar qual a decisão correta aplicável ao caso concreto. A ciência do direito é, pois, “uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado” (ALEXY, 2008, p. 36). Em primeira análise, a racionalidade – dimensão analítica – é indispensável ao direito e, por consequência, à adoção da decisão juridicamente adequada. Neste cenário os princípios lógicos são de extrema relevância, pois têm por função racionalizar e organizar a forma de pensar. Ao tomar uma decisão que desafia a lógica, invariavelmente a tomada de decisão foi equivocada.

No entanto, não apenas o nível da racionalidade é suficiente para o processo de tomada decisão. Como ensinou Bittar, a ciência do Direito é racionalidade na análise de um direito posto. Construído através de tradições romano-germânicas, o sistema da *Civil Law* se

apoia na codificação de leis que devem ser interpretadas e aplicadas pelos operadores de Direito. O Estado brasileiro, de fortes raízes latinas, seguiu esse sistema e tem como uma das principais características do seu ordenamento jurídico a positivação das normas aplicáveis às relações jurídicas. Compete, assim, aos operadores do Direito a interpretação e aplicação das normas, dentre os quais se destacam, ao menos no olhar desta pesquisa, os gestores públicos e os controladores externos.

Dentro desse universo que é o ordenamento jurídico, nesta seção busca-se tratar não apenas dos princípios como imperativos de racionalidade, mas também da sua natureza jurídica de norma positivada dotada de eficácia e efetividade.

Julga-se pertinente o retorno a balizas de racionalidade no processo decisório, especialmente em um cenário dinâmico de constante pressão a que agentes políticos são submetidos, sendo-lhes exigida a rápida tomada de decisão em momentos de crise. Por sua vez, a normatividade conferida aos princípios jurídicos e a abertura interpretativa trazida por essa espécie normativa trazem avanços que merecem ser considerados, mas também alertas que precisam ser questionados.

2.1.1 Os princípios lógicos supremos e o limite racional à atuação dos Tribunais de Contas

A ciência jurídica busca resguardo na lógica. A “clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências”, e não seria diferente com o Direito (ALEXY, 2008, p. 38). Este possui farta literatura acerca das implicações da lógica, especialmente para fins de argumentação jurídica, detidamente na cadeira da Filosofia jurídica nas universidades. No entanto, como disciplina base que dá sustentação à teoria geral do Direito, os ensinamentos acerca da interseção entre o Direito e a lógica podem e devem se espriar para além da argumentação jurídica, norteando a construção de enunciados normativos e, aqui no foco de nosso trabalho, o processo de tomada de decisões de cunho jurídico.

Em apertada síntese, o “sentido do termo *lógos*, pode-se perceber que significa algo próximo ou semelhante ao raciocínio concretizado em palavra, em discurso, ou seja, trata-se da razão verbalizada” (BITTAR, 2018, p. 681). Razão e lógica possuem estreita relação,

sendo que a *ratio* deve à própria ideia contida em *lógos*. Neste cenário, ensina a filosofia do direito que

Assim, a própria Lógica, como ciência, seria um estudo (uma *logía*) do pensamento (do *lógos*). A linguagem-discurso e a linguagem-pensamento são, portanto, objeto de estudo da Lógica. As determinações do pensamento, as regras do pensamento, entre outras questões, são temas afeitos à Lógica (BITTAR, 2018, p. 681).

Veja que a lógica é o estudo da forma e do pensamento, a maneira como se produz o raciocínio. É a conformidade racional de métodos que buscam inferir, deduzir e relacionar consequências a partir de uma premissa anterior. É nesse sentido que a ciência jurídica busca, em um método de análise teórica, a sustentação para a construção de uma lógica jurídica propriamente dita. De maneira mais didática, Fábio Ulhoa (2011, p. 11) explica que a lógica é simplesmente uma maneira de organizar o pensamento. Ainda que não seja a única, é a mais apropriada para muitas das situações em que nos encontramos, tendo grande importância especialmente no campo do Direito.

Em obra de referência sobre o tema, o saudoso professor Lourival Vilanova (1976, p. 69) compreende a lógica como metodologia. Nesse sentido, “a metodologia é lógica aplicada a cada setor do conhecimento científico, cabe uma lógica jurídica como metodologia do conhecimento jurídico”. A lógica jurídica, obviamente, possui as suas especificidades que a diferenciam da lógica matemática, ainda mesmo para aqueles que a compreendem simplesmente como espécie de lógica formal⁶⁷. Isso porque o raciocínio jurídico não parte de premissas absolutas e incontestáveis, como ocorre em outras ciências. De fato, “os juízos jurídicos são invariavelmente juízos de valor, e essa imbricação do Direito com a cultura e com a moral acaba por realizar o comprometimento de suas estruturas lógicas” (BITTAR, 2018, p. 682).

Nesse sentido, a aplicação do Direito sempre envolve uma complexa atividade de abordagem da relação entre *ser* e *dever ser*. Não é por usar métodos lógicos que a aplicação do Direito é tarefa simples. Pelo contrário, ela é sempre tarefa complexa, chegando por vezes a retratar verdadeiros *hard cases*. No entanto, indubitavelmente, a utilização de métodos teóricos auxilia, e muito, o operador do Direito na consecução da sua ciência jurídica.

⁶⁷ O Ministro aposentado Nelson Jobim (2016, p. 46), por exemplo, apresenta interessante obra em que analisa os contornos da lógica jurídica, utilizando a obra de Ulrich Klug como marco teórico. O autor alemão apresenta a lógica jurídica como um setor da lógica formal: aquela que se preocuparia com problemas jurídicos. Por outro lado, vincula a lógica jurídica com típicas formas de argumentação informal, tal como a analogia, que não integra a lógica informal. Em virtude dessa inconsistência, Nelson Jobim entende que a lógica jurídica passaria, na verdade, a ser um setor do que hoje se chama “lógica informal”, que, por sua vez, não dispensa os auxílios metodológicos e analíticos da lógica formal.

Ainda que o objeto deste trabalho não seja propriamente o estudo da lógica jurídica em sua inteireza e de forma pormenorizada, julga-se indispensável a compreensão de seus elementos e postulados mais básicos para, ainda que minimamente, apresentar limites inerentes à atuação judicante no complexo procedimento que é a aplicação das normas jurídicas pelos operadores do Direito do controle externo.

A atuação do gestor público não pode desafiar a lógica. Por conseguinte, o controle exercido pelos Tribunais de Contas também deve ser limitado a padrões lógicos, formando assim um sistema coeso. É nesse cenário que a doutrina aponta os princípios lógicos supremos, os quais podem e devem ser transportados para o universo jurídico. Vejamos.

O *princípio da identidade* diz respeito à veracidade da ideia, à correção e à integridade do próprio conceito. Todo pensamento enunciado (premissa) é idêntico a si mesmo. Essa norma lógica impõe que se uma ideia é verdadeira, então ela é verdadeira. Em outras palavras:

O princípio da identidade afirma: o que é, é. [...] no interior do pensamento lógico, as coisas não podem ser entendidas como um complexo de múltiplos fatores contraditórios. Uma árvore é uma árvore e não o vir a ser de uma semente. Essa distinção rígida entre os conceitos que servem de matéria para o raciocínio é imprescindível para um empreendimento lógico (COELHO, 2011, p. 16).

Dessa regra fundamental decorre o *princípio da não contradição*. Como o próprio nome indica, não deve existir contradição no raciocínio. Ensina a filosofia que o “princípio da não contradição é, de certa maneira, a forma negativa do princípio da identidade, ou seja, afirma que algo não pode ser e não ser ele mesmo” (TENÓRIO, 1995, p. 15). Dessa forma, “para que apresente coerência interna ou consistência, o sistema científico deve observar a lei de não contradição: não pode conter uma proposição e também a sua contraditória” (RODRIGUES; HEINEN, 2013, p. 92).

Por sua vez, o *princípio do terceiro excluído* afirma que uma ideia é verdadeira ou falsa, não havendo uma terceira opção. Esse princípio lógico “pode ser visto como a forma disjuntiva do princípio da identidade: uma coisa é ou não é. Entre essas duas possibilidades contraditórias, não há possibilidade de uma terceira que, assim, fica excluída” (TENÓRIO, 1993, p. 15).

Os princípios da não contradição e do terceiro excluído, como sendo ambos corolários do princípio da identidade, acabam por possuir estreita relação. Os dois princípios lógicos supremos dizem respeito a duas premissas opostas contraditoriamente. No entanto, enquanto o princípio da não contradição indica que as duas premissas opostas não podem ser ambas

verdadeiras, o princípio do terceiro excluído estabelece que duas premissas opostas não podem ser ambas falsas, sendo necessariamente uma verdadeira.

O último princípio lógico supremo que trazemos é o *princípio da razão suficiente*. Todo objeto deve ter uma razão suficiente que o explique. Dessa forma, o que é posto, é posto por alguma razão, ou seja, nada existe sem uma causa ou razão determinante.

Esses são, portanto, os quatro princípios lógicos supremos que avaliamos serem de aplicação pertinente no universo jurídico: identidade, não contradição, terceiro excluído e razão suficiente.

Não se pode olvidar que se trata de princípios de natureza formal, e a falsa identificação de princípios lógicos com princípios jurídicos pode realmente não retratar a melhor técnica. Nesse sentido, explicitando a distinção teórica entre princípios lógicos e jurídicos, os professores Josué Mastrodi Neto e Thiago Oliveira expõem que

haja vista que a lógica formal é um instrumento de verificação da correção do pensamento em relação a ele mesmo, esta funciona apenas para dar valor de verdade à estrutura conceitual, seja do sistema natural, seja do jurídico. O fato de um sistema ter sido bem estruturado não significa que ele seja verdadeiro (em termos aristotélicos, que haja adequação entre a realidade exterior objeto de sua compreensão e as descrições dadas pelo sistema), tampouco que ele seja justo (que se produza justiça no plano concreto pela simples decorrência da aplicação do sistema); apenas que é íntegro em sua lógica interna e que certos sentidos técnicos lhe são dados de antemão: no caso dos sistemas normativos, as normas recebem, pelo sistema lógico, significados precisos, como se esses significados fossem os únicos verdadeiros. Algo que, embora fictício e totalmente descolado da realidade mesma, é pressuposto como válido e estrutura a compreensão científica do direito (MASTRODI NETO; OLIVEIRA, 2017, p. 820).

De fato, ainda que seja possível realizar certas analogias entre sistemas lógicos e sociais (como o direito), “eles estão longe de possuírem identidade. Talvez a única coisa que tenham em comum seja o termo “sistema” para indicar a possibilidade de ordem e de unidade na compreensão de seus respectivos objetos” (MASTRODI NETO; OLIVEIRA, 2017, p. 819). No entanto, ao nosso sentir, tais princípios lógicos supremos podem muito colaborar às operações jurídicas justamente porque a supracitada integridade da lógica interna é fundamental para a compreensão científica do Direito.

Transportando, pois, ao universo propriamente jurídico, os princípios lógicos supremos podem estabelecer limites à atuação do gestor e dos seus controladores, em especial pela própria construção dos enunciados e comandos jurídicos imperativos que, na estrita legalidade, delineiam o perímetro normativo do controlador e do controlado. Sem a clareza

analítica, não seriam possíveis enunciados precisos e devidamente fundamentados para a aplicação do Direito.

A dimensão analítica – estritamente ligada aos princípios lógicos – é fundamental ao exercício de qualquer atividade jurídica. Consiste no “tratamento lógico do direito” (ALEXY, 2008, p. 46), de reconhecida necessidade para a racionalidade do sistema normativo: a medida de racionalidade do Direito depende do nível do seu tratamento lógico. Assim,

A tarefa científica da *dogmática* de um determinado direito positivo consiste na construção de institutos jurídicos, na remissão dos enunciados jurídicos particulares a conceitos mais gerais e, também, na dedução das consequências que decorrem de tais conceitos. Isso significa abstração feita à análise dos enunciados jurídicos positivos válidos, isto é, do conhecimento e do domínio completo do material a ser trabalhado, uma atividade mental puramente lógica. Para a solução dessa tarefa, não há nenhum outro meio que não a Lógica; para tal fim, não há como substituí-la; (LABAND, 1888, p. X, apud, ALEXY, 2008, p. 47)

O aspecto lógico do Direito auxilia, inclusive, a própria estabilidade dos direitos. De fato, se há algo que pode livrar, ao menos um pouco, a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas, é o trabalho na dimensão analítica (ALEXY, 2008, p. 49).

Claro que é forçoso reconhecer que os princípios lógicos, por si só, não serão suficientes para resolver os *hard cases*. A Ciência do Direito somente pode cumprir sua tarefa prática sendo uma disciplina multidimensional, conjugando, em busca de um saber empírico, não apenas a lógica a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos, mas também certos valores adicionais que constroem o processo de tomada de decisão. No entanto, o aspecto racional do Direito e de suas normas é fundamental, inclusive, para a construção de um sistema jurídico coeso que permite, justamente, alternativas válidas que relativizem o rigor analítico que não atende à solução dos *hard cases*.

Pois bem. Para tal solução, certos valores adicionais precisam ser utilizados. Atualmente, os princípios jurídicos exercem um papel central no processo de tomada de decisões do gesto público e, em especial, do controlador da atividade administrativa.

2.1.2 Os princípios jurídicos e o neoconstitucionalismo

O ordenamento jurídico racionalizado é composto por normas postas de maneira sistemática e ordenada. Por expressa determinação constitucional, a Administração Pública é pautada pela legalidade, isto é, ao gestor público só é permitido atuar naquilo previamente admitido por lei. Essa é a compreensão classicamente afirmada em doutrina e jurisprudência. No entanto, tal brocado (já popular) vem passando por uma releitura.

O princípio da legalidade é um dos pilares do Direito administrativo, sendo, a bem da verdade, elemento de criação dessa ramificação do Direito. É a partir da limitação do poder do soberano por meio de uma lei que surge o Direito administrativo. Assim, conforme o princípio da legalidade, ratificado em nossa Constituição Federal no *caput* do art. 37 e no inciso II do art. 5º, a Administração Pública só pode fazer o que a lei a autoriza (ARAGÃO, 2012, p. 59 e 60).

A legalidade no âmbito da Administração Pública não foi – e nem poderia ser – superada. No entanto, uma doutrina mais moderna vem compreendendo tal princípio de maneira mais abrangente, mais alargada, trazendo a noção do princípio da juridicidade. Nessa nova acepção do princípio da legalidade, mais do que respeitar a lei, a Administração deve respeitar todo o Direito, ou seja, é um conceito mais abrangente do que a legalidade, uma vez que prega o respeito a todas as normas jurídicas. Em outras palavras,

a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais (ARAGÃO, 2012, p. 58).

A juridicidade compreendida como o condutor normativo da Administração Pública foi incorporada por lei formal. A Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal⁶⁸, no art. 2º, dispõe que “nos processos administrativos federais serão observados os critérios de ‘atuação conforme a lei e o Direito’”. Trata-se do reconhecimento formal de que o atuar da Administração Pública ocorre para além da regra da lei, para o Direito como um todo. O exercício da Administração Pública, atividade cada vez mais complexa, deve observar não apenas uma ou outra regra legal específica, mas sim um intrincado ordenamento jurídico composto por diversas regras e princípios⁶⁹.

⁶⁸ Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

⁶⁹ Doutrina especializada (ÁVILA, 2005) traz ainda uma terceira categoria: os postulados normativos. Acerca dos postulados normativos, remetemos o leitor à seção 2.4.2 deste trabalho.

O abrangente conceito de juridicidade, reconhecido aqui como uma pertinente evolução de um dos pilares da Administração Pública, é apontado pela doutrina como consequência do movimento neoconstitucionalista do Direito, “onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o ‘bloco de legalidade’ que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa” (ARAGÃO, 2012, p. 58).

De fato, reconhece a doutrina mais moderna que as normas jurídicas são divididas em princípios e regras, inexistindo hierarquia entre ambas. Mas nem sempre foi assim. É através do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo que os princípios jurídicos vêm ganhando inegável relevância na aplicação do Direito. O adjetivo teórico do pós-positivismo traz o reconhecimento definitivo de que os princípios são dotados de normatividade, podendo/devendo ser utilizados como critério de decisão, em especial em face dos *hard cases*. Destaca Paulo Bonavides (2004, p. 237) que é nas últimas décadas do século XX que os princípios são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” e, por consequência, nos limites e nas possibilidades de atuação da Administração Pública e nos seus órgãos de controle.

O pós-positivismo é uma designação para um ideário difuso que reúne valores, princípios e regras. Surge como tentativa de remediar o rigor científico positivista, muito utilizado na dogmática jurídica nazifascista. Os horrores da Segunda Guerra Mundial foram muito justificados pela argumentação de um estrito cumprimento de um dever previsto formalmente em regra legal. Assim, em momento de reflexão decorrente de um pós-guerra, a “valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética” (BARROSO, 2008, p. 352).

Em apertada síntese, as regras são normas imediatamente descritivas, retrospectivas, com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2005, p. 70). As regras têm baixo grau de abstração, sendo aplicadas no regime do “tudo ou nada”, isto é, se a regra é válida, será diretamente aplicada.

Por sua vez, os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas, com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária à promoção (ÁVILA, 2005, p. 70). Os princípios têm alto grau

de abstração e origem em valores da sociedade, por isso podendo ser aplicados parcialmente por meio de um juízo de ponderação.

Esse movimento pós-positivista, que realmente vem em boa hora, serve de marco filosófico para o neoconstitucionalismo⁷⁰, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988, trazendo-nos uma nova concepção do papel da Constituição na interpretação jurídica em geral. Contestando a rígida separação entre Direito, moral e política, o pós-positivismo encontra no neoconstitucionalismo espaço para reinserir valores na interpretação jurídica e reconhecer a normatividade de princípios constitucionais na interpretação de regras. Nessa concepção, os princípios possuem “diferença qualitativa em relação às regras” (BARROSO, 2011, p. 410).

Como marco teórico, o neoconstitucionalismo envolve três mudanças de paradigmas (BARROSO, 2011, p. 410). O primeiro é o reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais, que passam a ser aplicadas de maneira direta e imediata. O segundo é a expansão da jurisdição constitucional, ampliando a esfera de atuação dos Tribunais Constitucionais por meio de um considerável rol de órgãos com atribuição para o ajuizamento de ações constitucionais, por exemplo. A terceira mudança de paradigma é verificada na hermenêutica jurídica que traz uma nova interpretação constitucional, sendo

afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias, como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica (BARROSO, 2011, p. 411).

Pois bem. A partir da Constituição Federal de 1988, constituindo um Estado Democrático do Direito, o neoconstitucionalismo foi ganhando força no Brasil. A força normativa dos princípios é largamente reconhecida e aplicada pelos operadores de Direito. De fato, a superação do rigor teórico do juspositivismo veio em boa hora. Considerando a sua maior abstração e generalidade, os princípios aproximam o Direito da ética e servem como normas de constante atualização do Direito, sendo deveras proveitoso o reconhecimento de sua normatividade.

Ocorre que, como em qualquer sistema normativo, o problema são os excessos. Cada vez mais nos deparamos com princípios abstratos sendo utilizados para afastar a aplicação de regras expressas. A utilização de normas de baixa densidade normativa serve aos

⁷⁰ Neoconstitucionalismo, muitas das vezes, é referenciado como sinônimo do pós-positivismo, uma vez que ambos compartilham da mesma plataforma teórica e do mesmo objetivo: superar os rigores do positivismo jurídico.

controladores e controlados para o cometimento de abusos, até porque há um inegável grau de subjetividade na compreensão individual do operador do Direito acerca do conteúdo normativo dos princípios jurídicos.

2.1.3 Crítica ao uso excessivo de princípios no controle da Administração Pública

A tomada de decisão na Administração Pública ocorre a partir de situações fáticas levadas ao conhecimento da gestão pública, que devem ser cotejadas com as normas jurídicas disponíveis e aplicáveis ao caso sob análise. A partir da premissa de que, em um Estado Democrático de Direitos, a Administração Pública deve observar a juridicidade, o conhecimento do conteúdo normativo das regras e dos princípios traz segurança jurídica aos governantes e governados.

Conforme já exposto acima, os princípios jurídicos consistem em uma espécie normativa de conteúdo difuso. Tamaña abstratividade é deveras salutar na análise de *hard cases* muito comuns na Administração Pública, uma vez que o gestor é chamado a tomar decisões a todo o momento, determinações estas que, muitas das vezes, confrontam direitos e interesses conflitantes. Nesse cenário, reconhecer normatividade aos princípios jurídicos propicia a ponderação de interesses e permite uma constante atualização do ordenamento jurídico. É, de fato, inegável o avanço no valor social e fraternal que os princípios proporcionaram à compreensão do Direito, muito em virtude dos movimentos pós-positivista e neoconstitucionalismo.

O problema é reconhecer que o exercício do controle externo da Administração Pública é bastante dificultado quando controlador e controlado passam a se valer excessivamente dessa espécie normativa.

Decidir por princípios – por mais esfumado que o princípio seja – não significa dizer que o julgador pode decidir ao seu bel prazer. Há uma normatividade objetiva deontológica em todo o princípio jurídico. Nesse sentido, através da compreensão de Lênio Streck (2015), o “princípio é um padrão decisório construído historicamente e que gera um dever de

obediência. Isto é, princípios funcionam no código lícito-ilícito. Caso contrário, um princípio não é um princípio. É só um argumento retórico”. É justamente este o nosso alerta: evitar que o princípio jurídico seja utilizado como mera retórica pelo operador do Direito.

Os princípios devem apontar “elementos interpretativos e parâmetros decisórios, impedindo que os juízes decidam segundo sua orientação política, moral ou religiosa” – não o contrário – “e tampouco de acordo com a sua consciência ou para atender aos anseios da sociedade” (TRINDADE; SPERANDIO, 2016, p. 2140). O “decidir por princípio” não significa ser consequencialista ou construir análise moralista acerca do Direito. No mesmo ensaio, muito bem critica Lênio Streck (2015): “Podem até dizer: mas é assim mesmo que as coisas acontecem — juiz decide como quer...! E eu respondo: se isso é assim e nós aceitamos, entreguemos a aplicação do direito aos estrategistas, *coachings*, *trainers*, etc.”

Veja que a crítica aqui apontada é aplicável tanto ao controlado como ao controlador.

Ao Poder Executivo é disponível a utilização de princípios jurídicos que, muitas das vezes, são distorcidos como meros argumentos de retórica. Destacam-se aqui as decisões fundamentadas no princípio da supremacia do interesse público e na indisponibilidade da coisa pública, dois clássicos princípios do Direito administrativo os quais vêm sofrendo fortes críticas, muito em virtude do seu alto grau de abstratividade. Em que pese ser forçoso reconhecer que compete ao Chefe do Executivo preencher o que seria esse suposto interesse público, tamanha subjetividade abre espaços para diversas ilegalidades, tais como desapropriações com desvio de finalidade⁷¹, abusivas rescisões unilaterais de contrato administrativo⁷² e processos administrativos viciados em sua motivação⁷³.

⁷¹ Os atos de desapropriação por ente federado envolvem, em sua fundamentação, precipuamente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (necessidade pública, utilidade pública e interesse social), norma jurídica esta que precisa ser preenchida na avaliação do caso concreto. É inegável a pertinência jurídica e social desse clássico instituto de Direito administrativo. No entanto, a vagueza dos conceitos jurídicos que lhe compõem abriu espaço para abusos. De forma a limitar os desvios da Administração Pública, doutrina e jurisprudência exigem a motivação do ato administrativo de desapropriação para fins de verificação da hipótese de tredestinação. A tredestinação ocorre quando o Poder Público concede ao bem desapropriado uma destinação diferente àquela anteriormente exposta no próprio ato de desapropriação. O dever de motivar dando concretude ao princípio jurídico é fundamental para o exercício do controle do ato administrativo. Vide exemplo: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apelação nº 0013093-42.2007.8.19.0014, 19ª Câmara Cível, Relator: Des. Valéria Dacheux Nascimento, julgado em 30 jun.2015.

⁷² O art. 78 da Lei federal nº 8.666/1993 traz um rol de hipóteses nas quais se admite a rescisão do contrato administrativo celebrado entre o particular e o Poder Público. Dentre as hipóteses, encontra-se a possibilidade de rescisão por “razões de interesse público”, conceito jurídico aberto também estritamente vinculado ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Felizmente, a previsão legal condiciona a rescisão contratual por razões de interesse público a procedimento administrativo prévio em que restem justificadas e determinadas tais razões utilizadas como fundamento. No entanto, infelizmente, tal previsão legal não é suficiente a evitar arbitrariedades do Poder Público. Vide por exemplo o imbróglgio envolvendo a Linha Amarela, importante via expressa da Cidade do Rio de Janeiro, que atualmente é objeto de celeuma jurídica envolvendo a Concessionária então detentora do contrato de operação da via expressa e o Município do Rio de

De outro lado, é possível também encontrarmos julgamentos prolatados pelos Tribunais de Contas que exercem o controle externo, utilizando, para tanto, princípios abstratos. A partir do movimento pós-positivista, que dota de força normativa os princípios jurídicos, o Poder Judiciário e os órgãos de controle vêm cada vez mais reduzindo o espaço de discricionariedade do gestor público com base em normas abstratas desconectadas do cenário fático. Atualmente, por exemplo, o Governo do Estado do Rio de Janeiro se encontra às voltas com o complexo imbróglgio envolvendo a Linha 4 do Metrô, cujas obras ainda pendem de conclusão. Nesse caso, tramitam concomitante uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público⁷⁴ e um processo administrativo no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro⁷⁵. Tão clara é a redução do espaço de discricionariedade do gestor público – e tão evidente a luta pelo protagonismo – que as quatro forças de poder possuem opiniões absolutamente divergentes, quando, na verdade, trata-se de decisão político-administrativa do Chefe do Executivo, que vê o seu poder decisório reduzido por força de válidos princípios jurídicos, como economicidade, saúde pública e interesse público, mas que vêm sendo utilizados de maneira absolutamente vazia.

Além disso, com base no alicerce doutrinário do neoconstitucionalismo, a “judicialização de políticas públicas” é tema em voga para restringir a Reserva da Administração⁷⁶ que, destaca-se, também consiste em função constitucionalmente prevista em nossa ordem jurídica. A doutrina e a jurisprudência, diuturnamente, apresentam-nos

Janeiro. Mais informações disponíveis em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6839168> e <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6836370>. Acesso em: 4 jan. 2020.

⁷³ Reconhece-se o espaço de discricionariedade do administrador público. A liberdade para o exercício do juízo de conveniência e a oportunidade são importantes para o desenvolvimento dinâmico da gestão da coisa pública. No entanto, no exercício de sua discricionariedade, é imperioso, até para fins de transparência, que o gestor exponha a sua motivação na edição do ato administrativo. Com a exposição dos motivos que o levaram a adotar determinada medida, é possível o controle externo dessa discricionariedade. Explica-se: através da teoria dos motivos determinantes, o gestor público fica vinculado aos fundamentos expostos em sua decisão, inclusive para fins de controle acerca da veracidade dos fatos apontados. Como exemplo, temos o clássico caso de transferência de servidor público, em que o gestor utiliza um fundamento inverídico para dar aparência de legalidade a uma remoção ilícita que, na verdade, possui fins punitivos.

⁷⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, processo nº 0007457-51.2018.8.19.0001, 16ª Vara de Fazenda Pública.

⁷⁵ Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, processo nº 103.351/2019, Relator: Cons. Rodrigo Nascimento.

⁷⁶ A “Reserva de Administração” é o exercício da função administrativa em seu conteúdo essencial e concreto, a englobar tanto atos administrativos unilaterais (formais ou materiais) quanto bilaterais, bem como procedimentos administrativos, que não poderiam ser substituídos nem pelo legislador, tampouco pelo órgão jurisdicional (CORREIA, 2007, p. 596).

entendimentos⁷⁷ de que todos os envolvidos no controle externo passam a se imiscuir na atividade administrativa, o que se faz a partir de concepções genéricas de normatividade das previsões constitucionais e de aplicabilidade de princípios jurídicos, sem quaisquer considerações acerca das repercussões práticas das obrigações impostas ao gestor público, em claro desrespeito à Reserva da Administração. Sob o argumento de se conferir normatividade a um determinado princípio jurídico, diversos outros são absolutamente desconsiderados (e não ponderados, como seria a melhor técnica), utilizando-se argumentos de retórica, valores morais e juízos intrínsecos de agentes públicos que não detêm competência constitucional para exercer escolhas públicas.

Ao nosso sentir, nesse conflituoso cenário, impõe-se um maior ônus argumentativo ao controlador e controlado quando da utilização de princípios jurídicos na fundamentação de suas decisões. Para tanto, são fundamentais a exposição *in concreto* da medida de aplicabilidade do princípio jurídico e a maneira como tal se conforma às regras dispostas, preservando o equilíbrio entre os órgãos e a necessária segurança jurídica.

2.2 O orçamento público entre o constitucionalismo dos desejos e a tutela dos direitos fundamentais

Expusemos, ainda nas primeiras linhas deste trabalho, a importância da construção do Estado Democrático de Direito, que passa não apenas a garantir as liberdades individuais dos cidadãos, mas também a combater a injustiça social. Assim, os Estados Modernos devem servir como instrumento de combate às desigualdades, corrigindo os abusos do poder do capital. Nesse novo cenário, o Poder Público deve atuar de forma incisiva e direta na prestação de serviços públicos que garantam o exercício dos direitos sociais.

Como expressão evidente do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 enuncia que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

⁷⁷ Por todos, Ana Paula de Barcellos (2005) discorre acerca de um controle (no caso, do Poder Judiciário) acerca dos resultados da política pública, uma vez que, através dos alicerces do neoconstitucionalismo, o exercício do controle não pode se limitar a questões burocráticas, mas sim envolve um trabalho hermenêutico que consiste em extrair das disposições constitucionais efeitos específicos que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público. Nesse sentido, por exemplo, através do princípio constitucional da eficiência, qualquer controlador externo poderia avaliar os resultados da política pública. Questionamos tal posicionamento justamente em virtude da abstratividade do princípio da eficiência (utilizado aqui como exemplo). A gestão de uma política pública é atividade complexa e, mais uma vez, é preciso ser resguardada a posição prioritária do Executivo no exercício da função administrativa para, inclusive, ele mesmo estipular as metas que julgar pertinentes na execução da política pública.

“constituir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. É com base nessas normas que Paulo Bonavides (2004, p. 371) afirma categoricamente que “A Constituição de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado social”. No mesmo sentido, em obra clássica sobre o tema, Ingo Sarlet (2012, p. 49) afirma que os direitos fundamentais sociais configuram “exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”.

De fato, o Brasil é um Estado Social de Direitos, sendo dever constitucional dos agentes públicos e particulares envolvidos na prestação de serviços públicos a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. Esse é o desejo constitucional.

Ocorre que o cumprimento do desejo constitucional exige recursos financeiros para tanto. A erradicação da pobreza, a toda evidência, exige a aplicação de dinheiro público em políticas públicas que visem a assistência dos cidadãos. Não exige política pública, independente da ideologia econômica-social vigente, que não se revele um gasto/investimento de recursos financeiros.

Entre a necessidade de obtenção de recursos financeiros e o desejo constitucional de implementação de políticas públicas que reduzam a desigualdade social encontra-se a figura do gestor público que, a todo momento, precisa balancear demandas, carências e o dever de dar concretude aos direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais.

O instrumento jurídico – com sede constitucional, inclusive – que realiza esse balanceamento entre os recursos financeiros e o ideal constitucional é o orçamento público. No orçamento público, são previstas todas as receitas a serem obtidas pelo Estado e todas as despesas a serem realizadas na implementação de políticas públicas e na própria estrutura estatal. Com estreita relação com o direito fundamental à boa administração e uma das expressões dos pilares do Estado Democrático de Direito, o orçamento público é o retrato mais fiel do Poder Público e dos programas estatais desenvolvidos pelo governo.

2.2.1 O constitucionalismo dos desejos e o custo dos direitos

O Título II da CFRB/88 enuncia os direitos e garantias fundamentais. Através do constitucionalismo, compete justamente às constituições estruturar o poder estatal e resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

A doutrina clássica classifica os direitos fundamentais em três dimensões. A primeira diz respeito ao valor da liberdade, tratando-se precipuamente de direitos e garantias individuais do cidadão em face do Poder Estatal, sendo apresentados como direitos de cunho negativo, uma abstenção estatal que consiste em dar liberdade no atuar do cidadão, como são o direito à vida, à liberdade religiosa e à propriedade privada. A segunda dimensão dos direitos fundamentais é formada pelos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, por sua vez, são abraçados pelo valor da igualdade. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim de prestações sociais estatais que visam o bem-estar social, como a saúde e a educação. Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão são caracterizados pelo fato de não serem titularizados pelo cidadão de forma individual, mas sim por toda a coletividade. A peculiaridade da terceira dimensão é que a sua titularidade é difusa, coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida (BONAVIDES, 2018, p. 518).

Em que pese a repercussão da teoria clássica – de inevitável referência –, o recorte teórico mais pertinente à compreensão do aqui exposto é aquele que classifica os direitos fundamentais entre direitos de defesa, à prestação e de participação.

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Por sua vez, os direitos à prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, estabelecendo, com isso, moldes para o futuro da sociedade, partindo do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Assim, figuram direitos de promoção que “surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”. Em terceiro lugar, temos uma categoria mista, que são os direitos de participação. São caracterizados por seu aspecto híbrido por possuírem características mistas de direitos de defesa e de prestação, sendo orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do país (MENDES, BRANCO, 2012, p. 231-242).

Veja, portanto, que um Estado Democrático de Direitos precisa articular todos os direitos e liberdades individuais, cuja função imediata é a proteção da autonomia do cidadão com os direitos sociais, cuja função é refazer as condições materiais e culturais em que vivem

as pessoas (MIRANDA, 2018, p. 50); um equilíbrio constante entre a igualdade jurídica e a igualdade social a ser promovida. Não se trata de tarefa fácil, muito pelo contrário.

Interligando os conceitos acima expostos, podemos afirmar que os direitos sociais – previstos no art. 6º da CF/88 e reproduzidos ao longo do Título VIII da ordem social – podem ser considerados prestacionais, ou seja, direitos que traduzem a entrega de prestações materiais pelo Poder Público, direitos que demandam o emprego de recursos financeiros, como por exemplo, o direito à saúde e à educação.

É nesse cenário que temos a função do governante que, ao implementar, na prática, as regras constitucionais, precisa articular todo esse feixe de direitos e deveres no exercício de sua função administrativa.

A função administrativa é o conjunto de atividades que “atendem as necessidades planejamento, decisão, execução, controle destinadas à gestão dos interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado” (MOREIRA NETO, 2014, p. 79). Em outras palavras, a função administrativa é colocar em prática os desejos constitucionais, aí incluindo os direitos prestacionais ao cidadão.

Ocorre que, por evidência, a prestação dos direitos sociais implica a obtenção de recursos financeiros para tanto. Toda política pública concretizadora de um direito prestacional a ser implementada depende do recurso patrimonial prévio. Ainda que haja, por vezes, uma equivocada aparência de gratuidade, toda ação estatal consiste em uma despesa pública, uma vez que a própria manutenção da estrutura do Estado que exerce a função administrativa, por si só, é um custo que necessita de recursos financeiros para fazer frente.

Nesse sentido, a doutrina autorizada divide o custeio público em quatro categorias.

Existem os custos ligados à existência do Estado, que se realizam na defesa de seu território. Há ainda os custos do funcionamento democrático do Estado, que são consubstanciados na tripartição dos Poderes e na representação pelo direito de votar e que, em última análise, representa, também, a garantia do direito de liberdade, tanto dos governantes quanto dos governados. Tem-se ainda os custos em sentido estrito ou custos financeiros estruturais ligados à sobrevivência e funcionamento da máquina administrativa. E existem aqueles custos que recaem diretamente sobre suas obrigações para com a sociedade e que garantem o exercício de direitos fundamentais (CHALID, 2019, p. 91).

Veja que as quatro categorias de custos estão absolutamente interligadas, especialmente considerando que “os três primeiros custos dão sustentação para que o quarto possa ser bem aplicado” (CHALID, 2019, p. 91).

Equilibrar os custos dos direitos é o que consiste a atividade financeira do Estado. As finanças públicas de um país estão orientadas para a gestão das operações relacionadas com a receita, a despesa, o orçamento e o crédito público. Assim, podemos conceituar finanças públicas como a “atividade financeira do Estado direcionada para a obtenção e o emprego dos meios materiais e de serviços para a realização das necessidades da coletividade, de interesse geral, satisfeitas por meio do processo do serviço público “(MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 111).

Interessante notar que a doutrina europeia apresenta interessante interseção entre a atividade financeira e a contabilidade pública, especialidade ainda pouco valorizada no cerne da Administração. Em obra de referência, Elisa Borghi (2015, p. 257) ao tratar do direito financeiro na União Europeia ensina que a noção de contabilidade pública foi identificada pela lei e jurisprudência especialmente como a disciplina das demonstrações financeiras e o seu equilíbrio, tratando da aquisição de receita, a organização contábil-financeira, a disciplina de ativos, o gerenciamento de despesas, endividamento, relatórios e controles a ele relacionados.

Portanto, se, de um lado, existem os direitos a serem preservados e implementados, por outro existe o custo financeiro de quem os suporta, o Estado. Nesse equilíbrio entre o objetivo fundamental constitucional de erradicação da pobreza e a necessidade de recursos financeiros para tanto, a própria dogmática do conteúdo normativo dos direitos prestacionais passou por uma evolução doutrinária e jurisprudencial. Isso porque, o que temos na prática é um cenário de baixa efetividade dos direitos sociais, muito em virtude da baixa qualidade do exercício da função administrativa, motivo pelo qual se fizeram necessárias maiores reflexões acerca da eficácia das normas que preveem os direitos prestacionais.

Seguindo a clássica classificação de José Afonso da Silva (2002), as normas definidoras de direitos prestacionais eram tidas como normas de eficácia limitada, as quais definiam meros programas e metas a serem realizados. Nessa toada, tais direitos prestacionais, por não configurarem normas autoaplicáveis, não seriam passíveis de exigência direta por parte dos cidadãos.

Apesar do inegável valor da classificação acima, o conceito por ela apontado pode passar a falsa impressão de que não há uma obrigação estatal em dar concretude às normas programáticas. Tal compreensão, ao nosso sentir, é absolutamente equivocada, uma vez que implicaria inescusável esvaziamento de norma constitucional.

É nesse cenário que, mesmo mantidos os ensinamentos da clássica classificação das normas constitucionais, doutrina e jurisprudência passaram a agregar outros referenciais teóricos aos direitos sociais prestacionais. Diante de um Estado Democrático de Direitos que falha sistematicamente em atender ao objetivo constitucional de redução da desigualdade social, é inevitável que se começasse a discutir quais direitos contidos no texto constitucional podem ser pleiteados judicialmente, ou seja, quais direitos sociais podem ser sindicáveis, debates que inclusive levaram em consideração estudos em Direito comparado.

Em um primeiro plano, temos a doutrina da máxima efetividade, com forte sustentação na doutrina portuguesa e muito defendida por Luís Roberto Barroso. Em trabalho publicado antes de compor o órgão de cúpula do Poder Judiciário, Barroso (1994, p. 52) aponta que os direitos sociais vinham sendo “encambulhados com as normas programáticas”, sendo utilizado como subterfúgio para o descumprimento dos mandamentos constitucionais. O autor busca conferir real efetividade aos direitos sociais compreendendo que, em muitos aspectos, o próprio texto constitucional define o direito social constitucional, assegurando-o ao indivíduo, impondo um dever ao Estado. Os direitos sociais podem ser compreendidos como verdadeiras normas definidoras de direito. Nesse sentido, utiliza-se, como exemplo, o art. 208 da CFRB/88 que prevê o dever do Estado com a educação por meio de garantias conferidas ao indivíduo, como a “educação básica e obrigatória e gratuita”. Em síntese conclusiva, o professor afirma que

as normas constitucionais, notadamente as que asseguram direitos, inclusive os sociais, são diretamente invocáveis e aplicáveis aos casos concretos, cabendo ao juiz formular a regra concreta para a espécie, mesmo na omissão do poder competente em editar o regramento genérico e abstrato reclamado pelo preceptivo maior (BARROSO, 1994, p. 60).

Atenuando o rigor intervencionista da proposta acima, temos a doutrina norteadada pelo princípio do mínimo existencial, corrente muito desenvolvida na Alemanha e encampada no Brasil por Ana Paula de Barcellos (2002) e Ricardo Lobo Torres (2009). Observando-se a teoria dos princípios jurídicos, o núcleo essencial de cada princípio possui uma natureza de regra, ou seja, traduz uma eficácia positiva, um direito subjetivo que pode ser pleiteado em juízo. Pois bem. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III da CF. Somente poderia ser considerado direito social fundamental – e assim, judicialmente exigível – o que estivesse ligado ao mínimo existencial. Em síntese, segundo Ana Paula de Barcellos, tal expressão identifica o conjunto de condições básicas para a subsistência de um cidadão: o mínimo seria

composto de três elementos materiais (saúde, educação fundamental e renda mínima) e de um elemento instrumental: o acesso à justiça. Nesse cenário, apenas o conteúdo do mínimo existencial seria sindicável.

Por último, apontamos a teoria da reserva do possível, muito trabalhada pela Fazenda Pública como matéria de defesa. Tal doutrina parte de uma premissa simples e inquestionável: os desejos são ilimitados, mas os recursos são limitados. Nesse sentido, Gustavo Amaral (2010) compreende que administrar é realizar “escolhas trágicas”, isto é, gerir recursos finitos, limitados, direcionando recursos para determinada política pública e invariavelmente deixando outras de lado. Por isso, os direitos sociais não podem ser considerados sindicáveis, competindo ao Poder Executivo, com sede em sua legitimidade democrática, realizar as escolhas trágicas por meio do orçamento público.

As três correntes não são necessariamente excludentes, até porque em todas há argumentos verdadeiramente irrefutáveis. A própria doutrina e jurisprudência já vêm temperando de forma a conjugar os elementos jurídicos acima delineados. Ingo Sarlet, por exemplo, ainda que reconhecendo que todos os direitos acarretam custos para sua efetivação e proteção, defende que tal arguição não pode ser salvaguarda ao mau gestor e inefetividade dos direitos sociais. Para o autor,

É possível sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos, de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais. A reserva do possível, portanto, não poderá ser esgrimida como obstáculo intransponível à realização dos direitos sociais pela esfera judicial, devendo, além disso, ser encarada com reservas. Também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia – o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social (SARLET, 2019, p. 640).

Veja que, a par de posicionamentos mais ou menos equilibrados, doutrina e jurisprudência convergem na sindicabilidade dos direitos sociais, reconhecendo o seu caráter de direito subjetivo definitivo, gerador de obrigação de prestação estatal. Os direitos prestacionais são dotados de real eficácia e efetividade, impondo ao gestor público responsabilidade na implementação de políticas públicas que verdadeiramente garantam os direitos fundamentais do cidadão.

Para tanto, independente de corrente doutrinária ou de posicionamento político, a palavra de ordem é planejamento. Como já dizia o supracitado professor Diogo de Figueiredo, a função administrativa passa necessariamente pelo planejamento da atividade estatal.

O planejamento estatal é consubstanciado no orçamento público. Sem orçamento público não há Estado, não há função administrativa e não há implementação de políticas públicas. O texto constitucional é expresso ao impor a edição de leis orçamentárias anuais e plurianuais que contenham não apenas as metas a serem perseguidas pelo Estado, mas também, e precipuamente, todas as receitas e despesas a que o Estado irá fazer frente na consecução dos objetivos constitucionais.

O papel central do orçamento público entre o custo do direito e os direitos que custam também é destacado por doutrina italiana. Ensina Andrea Morrone (2014, p. 70) que situações extremas, os *hard cases*, podem ser superados se consideramos a relação entre os direitos sociais e o orçamento público, abandonando perspectivas holísticas de proteção e buscando soluções mais aderentes à Constituição. Destaca ainda o professor italiano que de fato, o equilíbrio orçamentário (em qualquer sentido) não é um mero meio, mas representa um valor constitucional em si, pelo menos tão importante para uma comunidade política quanto os fins que devem ser alcançados por meio de recursos econômicos (MORRONE, 2014, p. 71)

Orçamento público é o instrumento de planejamento estatal para a realização dos direitos prestacionais.

2.2.2 O dever de planejar e o orçamento público

O orçamento é a “previsão de quantias monetárias que, num período determinado, devem entrar e sair dos cofres públicos” (SANDRONI, 2003, p. 434). O próprio conceito do que é a peça orçamentária implica o reconhecimento de que se trata de instrumento de previsibilidade, a concretização do planejamento de todas as receitas e despesas a serem realizadas em dado momento. Assim, o orçamento público é

considerado uma técnica vinculada ao planejamento econômico e social e poderia ser assim definido: são as contas nacionais e o planejamento que oferecem os fins e os objetivos para cuja realização se requerem os fundos públicos; os custos das atividades propostas para alcançar esses fins e os dados quantitativos que medem as realizações; e as tarefas executadas dentro de cada uma dessas atividades. Ampliação conceitual ligada à participação cada vez maior do Estado na economia, que se refletiam igualmente na ampliação do prazo previsto para a realização das despesas públicas (SANDRONI, 2003, p. 434).

O dever de planejamento público é – ou deveria ser – inerente à atividade administrativa do Estado. O exercício da função administrativa deve ser planejado de forma a

equilibrar receitas e despesas com vistas ao atingimento do interesse público, que é, em última instância, a concretização do bem-estar social dos cidadãos. Esse é o mandamento constitucional.

Quando se estuda a questão do processo de produção de bens e serviços públicos demandados pela sociedade, justamente o constitucionalismo dos desejos, necessita o Estado, antecipadamente, decidir os tipos, a quantidade e a qualidade dos bens ou serviços que irá produzir, apontando as prioridades. Assim, os responsáveis pelo processo de planejamento têm, como referencial básico, que a utilização desses recursos escassos deverá ser feita da maneira mais racional e eficiente possível. E, para que isso ocorra adequadamente, é que se utiliza o planejamento (MATIAS-PEREIRA, 2017, p. 266).

Dessa forma, o planejamento pode ser visto como um conjunto de ações interligadas e complementares, realizadas nas diferentes instâncias da organização governamental, com vistas a atender a necessidade social. Esse processo de planejamento é consubstanciado na peça orçamentária que irá prever todos os programas a serem desenvolvidos pelo Estado e as fontes de receita que farão frente aos custos da concretização do Direito. O planejamento orçamentário, até por força constitucional, configura justamente o ato de definição das atividades que serão consumadas pelo governo (problemas que serão atacados) com as devidas reservas orçamentárias para o desenvolvimento de soluções (ABRAHAM, 2015, p. 353).

O orçamento público não é mero instrumento tecnicista, mas sim expressão política e de gestão. Através da compreensão da peça orçamentária – receitas e despesas – percebe-se quais as ações serão dirigidas pelo Estado, isto é, as escolhas públicas a serem desenvolvidas. O orçamento é o momento político no qual são realizadas as escolhas trágicas.

A Constituição Federal prevê que o orçamento público é conformado por três leis orçamentárias: a Lei Orçamentária Anual, a Lei de Diretrizes Básicas e o Plano Plurianual. De fato, a importância do processo orçamentário é evidenciada pelo tratamento de nível constitucional que o assunto recebe. Vejamos.

O Plano Plurianual, na forma do art. 165, p. 1^a da CFRB/88, “estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

Em que pese, na prática, ser desconsiderado pelos maus governantes e pouco debatido nos espaços de exercício da cidadania, o Plano Plurianual possui (ou deveria possuir) importância destacada nos três níveis de governo. Por ser o documento de planejamento de

médio prazo – que contempla um período de quatro anos – deve ser reforçado o seu papel como instrumento de planejamento estratégico das ações governamentais (MATIAS-PEREIRA, 2017, p. 312). Na prática,

o Plano Plurianual busca alocar os recursos públicos de modo eficiente e racional, com base na utilização e nas modernas técnicas de planejamento. É apoiada em definições das diretrizes, metas e objetivos que a Administração Pública desenvolve suas ações, objetivando alcançar o desenvolvimento do país (MATIAS-PEREIRA, 2017, p. 314).

Por sua vez, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, na forma do segundo parágrafo do art. 165 da CFRB/88, compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, estadual ou municipal, “incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”. De proposta instrumental similar e consoante ao Plano Plurianual, a nota distintiva da Lei de Diretrizes Básicas é que a sua vigência é de um ano. Trata-se, portanto, de instrumento de organização estatal dotado de maiores efeitos concretos, uma vez que serve ao planejamento das receitas e despesas do ano seguinte à sua edição, fixando os critérios para a elaboração da Lei Orçamentária Anual.

Por fim, temos a Lei Orçamentária Anual, regulamentada no art. 165, §5 da Constituição Federal. Ela irá abranger todas as ações governamentais a serem implantadas naquele ano fiscal. Justamente em virtude de sua anualidade é que essa lei orçamentária é dotada de maiores efeitos concretos, sendo talvez o instrumento mais direto de concretização das políticas públicas. Não há despesa pública que não esteja prevista na Lei Orçamentária Anual, ou seja, não há concretização de direito social que não esteja previamente delineado na peça orçamentária anual.

É imperativo que as três lei orçamentárias estejam em consonância. O planejamento público deve ser racionalizado por meio de programas de governo concatenados entre o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Esse é o mandamento do sistema constitucional desde a sua promulgação em 1988 e sempre muito bem destacado pela doutrina especializada. Em 2000, com o advento da Lei da Responsabilidade Fiscal – uma legislação extremamente técnica que trata justamente da responsabilidade na gestão fiscal-orçamentária – reforçou-se a necessidade de adequação entre os três principais instrumentos jurídicos de planejamento estatal. Nesse sentido, José Matias-Pereira (2017, p. 313) enuncia:

Registre-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) reforçou a necessidade de articulação entre o PPA, a LOA e a LDO, à medida que a execução das ações governamentais passa a estar condicionada à demonstração de sua compatibilidade com os instrumentos de planejamento: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei de Orçamento. Os arts. 16 e 17 da LRF determinam que a criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental que acarretar aumento de despesas de caráter continuado devem estar compatíveis com o PPA e com a LOA.

Pois bem. Veja que o orçamento público é lei em sentido estrito. Trata-se de expressão do pilar democrático do Estado brasileiro, uma vez que exigência de lei em sentido formal evidencia o controle popular – ainda que indireto – a ser exercido pela Casa Legislativa. A função administrativa, abrangidos o planejamento estatal e a implementação da política pública, é exercida tipicamente pelo Poder Executivo. Assim, até por critérios de pertinência, é o Poder Executivo o competente para elaborar e propor o orçamento público. Por sua vez, compete ao Poder Legislativo debater e aprovar o orçamento proposto, podendo inclusive apresentar emendas às escolhas públicas propostas pelo Executivo. Devidamente aprovado pela Casa Legislativa, o Chefe do Executivo, no exercício da função administrativa, irá executar a lei orçamentária ao longo do seu período de vigência, sempre sob a fiscalização e monitoramento do Poder Legislativo.

Esse diálogo institucional protagonizado entre Executivo e Legislativo, que é inerente ao processo de criação de lei em sentido estrito, é o que evidencia o caráter democrático das leis orçamentárias. É por meio dessa racionalidade que a Constituição Federal determina, no art. 165, que os projetos de leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo e devidamente apreciadas (aprovadas) pelo Poder Legislativo.

Em que pese a consolidação do cenário delineado acima – muito comum em outros Estados republicados, inclusive – o processo de formação das leis orçamentárias não é imune a críticas. Registra-se aqui o ácido, mas coerente, posicionamento de José Matias-Pereira, para quem

No contexto da discussão sobre a importância do orçamento como instrumento de controle do Legislativo sobre o Executivo, não pode ser desconsiderado que o crescente aumento das tarefas do *Estado* vem permitindo a ampliação gradual da competência do Poder Executivo, em detrimento das atribuições do *Poder Legislativo*. A delegação de função legislativa ao Poder Executivo, de modo especial, concorre para esse desequilíbrio de competência.

Deve-se registrar, nesse contexto, que os legislativos nunca foram tão criticados quanto estão sendo nas últimas décadas. A eles vêm-se atribuindo defeitos do retardamento nas deliberações, incoerência nas decisões, ao sabor de maiorias eventuais. Essas pressões, muitas vezes, são espúrias (na medida em que estão os parlamentos mais sujeitos à ação dos grupos de interesses). Por sua vez, fica evidenciado que os parlamentos têm falhado no cumprimento das suas funções, por excluir do debate medidas inadiáveis para a sociedade nas áreas econômica e social,

como, por exemplo, o aprofundamento das reformas tributária e da previdência (MATIAS-PEREIRA, 2017, p. 332).

Como bem aponta o autor, realmente o Estado brasileiro, até por questões socioculturais e históricas, concentra demasiadamente as atribuições de governo no Chefe do Executivo. Independente do objeto de debate e do seu devido processo legal, a conta e o custo político sempre chegam para o prefeito, governador e presidente. É evidente o desequilíbrio de atribuições conferidas ao Executivo (tanto é que a cada eleição parlamentares estaduais vêm em busca de candidaturas ao Executivo), bem como a falha no exercício da fiscalização orçamentária.

Repita-se: o orçamento público é o principal instrumento de planejamento estatal. É na peça orçamentária que estará delineada a medida com que todos os direitos sociais prestacionais serão verdadeiramente implementados. Nesse cenário de hipertrofia do Executivo e crise de legitimidade do Legislativo, buscam-se medidas democráticas que aprofundem o debate popular em cima do orçamento público.

É assim que surge a figura do orçamento participativo, um modelo de gestão para a elaboração mais democrática do orçamento público, possibilitando ao cidadão participar diretamente na elaboração orçamentária, isto é, influenciar nas escolhas políticas e direcionar recursos financeiros para políticas públicas que a sociedade julgue mais pertinentes e emergenciais. Assim, acerca da participação popular, enuncia a doutrina que o

orçamento participativo indica a ideia de que a população pode ser consultada e oferecer propostas para a elaboração do orçamento público. Assim, além do Executivo, que possui o cometido constitucional de propor o projeto de lei orçamentária, e do Legislativo, cuja missão é aprová-lo por meio do debate parlamentar, um novo núcleo de decisão despontaria como instrumento de democracia direta: a *participação direta* do povo (ABRAHAM, 2015, p. 291).

Como expressão do exercício da sociedade civil organizada, é imperioso destacar o conceito dado justamente por sociedades civis. A instituição “Fora do Eixo”⁷⁸ trata o orçamento participativo como “um instrumento governamental que permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre orçamentos públicos”, no qual é “estimulada a participação

⁷⁸ O *Fora do Eixo* é uma rede colaborativa e descentralizada de trabalho constituída por coletivos de cultura pautados nos princípios da economia solidária, do associativismo e do cooperativismo, da divulgação, da formação e intercâmbio entre redes sociais, do respeito à diversidade, à pluralidade e às identidades culturais, do empoderamento dos sujeitos e alcance da autonomia quanto às formas de gestão e participação em processos socioculturais, do estímulo à autoralidade, à criatividade, à inovação e à renovação, da democratização quanto ao desenvolvimento, uso e compartilhamento de tecnologias livres aplicadas às expressões culturais e da sustentabilidade pautada no uso e desenvolvimento de tecnologias sociais. Disponível em: <https://foradoeixo.org.br/historico/carta-de-principios/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

popular na definição de políticas governamentais, por intermédio da criação dos Conselhos Setoriais de Políticas Públicas como espaços de controle social”⁷⁹. O grupo “Politize”⁸⁰ reconhece, no orçamento participativo, relevante mecanismo da democracia participativa que “permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, geralmente o orçamento de investimentos de prefeituras municipais para assuntos locais, através de processos de participação da comunidade”⁸¹.

Forçoso reconhecer que, infelizmente, mecanismo e deliberações nos moldes do orçamento participativo são mais conectados a governos locais. Veja que o próprio Ministério da Economia, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, apesar de reconhecer a importância do orçamento participativo, relega-o a governos municipais, enunciando em seu site institucional que “o orçamento participativo é um importante instrumento de complementação da democracia representativa, pois permite que o cidadão debata e defina os destinos de uma cidade”⁸². Ainda que se revele interessantíssima concretização do princípio da gestão democrática da cidade, julgamos ser pertinente que a sua utilização seja expandida para entes federados de maior abrangência territorial. Ora, esperava-se que, justamente por se tratar de um orçamento público de maior porte financeiro, governos estaduais e a própria União se submetessem também ao crivo popular direto e permitissem maior controle orçamentário e participação direta dos cidadãos nas escolhas públicas justamente através da instituição do orçamento participativo.

Por fim, destaca-se relevantíssimo debate que vem sendo referenciado pela doutrina: o orçamento impositivo. Ao nosso sentir, o orçamento público não pode ser mera ficção: incrementada a receita prevista, impõe-se a execução da despesa. No entanto, essa não é a atual conformação normativa do nosso ordenamento jurídico. Explica-se.

O debate aqui envolve uma dual compreensão acerca da imperatividade da execução do orçamento público. De um lado, temos o orçamento impositivo “quando a sua execução é obrigatória e vinculada às previsões orçamentárias”, ou seja, se realizada a receita prevista,

⁷⁹ Disponível em: <https://foradoeixo.org.br/opa-orcamento-participativo/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁸⁰ Somos uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos (ONG) com a missão de formar uma nova geração de cidadãos conscientes e comprometidos com a democracia. Atuamos por meio da educação política para qualquer pessoa, dentro e fora da internet, sempre com muito respeito pela pluralidade de ideias, crenças e posições. Disponível em: <https://www.politize.com.br/quem-somos/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁸¹ Disponível em: <https://www.politize.com.br/orcamento-participativo-como-funciona/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁸² Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/elaboracao-e-execucao-do-orcamento/o-que-e-orcamento-participativo>. Acesso em: 21 dez. 2019.

deve ser executada a despesa previamente eleita no orçamento. De outro lado, o orçamento é meramente autorizativo quando permite que o agente público possa, no exercício de suas prerrogativas de gestor público, “realizar escolhas discricionárias entre gastar, podendo não executar parcela de suas previsões, através do denominado contingenciamento orçamentário” (ABRAHAM, 2015, p. 298).

Classicamente, a doutrina sempre compreendeu que o orçamento público no Brasil é de natureza autorizativa. Nesse sentido, por todos, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 177) sustenta que “a teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro”. Essa é, inclusive, a posição do Supremo Tribunal Federal, já manifestado de que “o simples fato de ser incluída, no orçamento, uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a esse auxílio”, concluindo que “a previsão da despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial”.⁸³ Portanto, seguindo a regra do orçamento autorizativo, a liberdade estatal está condicionada ao orçamento público apenas na vedação do Estado em gastar o que não está previamente autorizado.

No entanto, julgamos que essa clássica compreensão precisa ser revista. Colocamo-nos ao lado de Marcus Abraham, que aponta uma atual dualidade no orçamento brasileiro, sendo ele, em parte, autorizativo e, em parte, impositivo. É inquestionável que as normas originárias delineiam a *ratio* de um orçamento de caráter eminentemente autorizativo, uma vez que a lei orçamentária se limita a prever a receita e a fixar a despesa, não impondo a realização do gasto público ou criando direito subjetivo ao particular. No entanto, mesmo em sua redação original, a CFRB/88 já previa algumas despesas de caráter vinculado, com destinação específica que não abre margem discricionária ao gestor público.

Ademais, muito em virtude da falta de planejamento estatal que faz de lei morta as normas orçamentárias, sucessivas emendas constitucionais e alterações legislativas dotaram de imperatividade certas parcelas orçamentárias. Cita-se, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 86/2015, que trouxe a imperatividade de execução das emendas

⁸³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 34.581-DF, 1ª Turma, Relator: Min. Candido Motta, julgado em 10.10.1957 e Recurso Extraordinário nº 75.908-PR, 1ª Turma, Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 08.06.1973.

parlamentares⁸⁴ aprovadas pelo Congresso Nacional, conferindo maior efetividade ao controle orçamentário protagonizado pelo Legislativo.

Mais recentemente, as Emendas Constitucionais nº 100 e 102 de 2019 alteram o art. 165 e 166, colocando ainda mais polêmica ao debate. Isso porque a EC nº 100/2019 que, inicialmente, visava estender a imperatividade das emendas parlamentares, acabou por incluir expressamente o caráter impositivo do orçamento público, dispondo no §10 do art. 165 da CFRB/88 que “a administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”. Com o advento da norma, parcela considerável da doutrina passou a afirmar categoricamente a impositividade do orçamento público, afirmando que

esta mudança constitucional afasta de vez qualquer dúvida sobre o caráter meramente “autorizativo” do orçamento público, como muitos sustentavam, e reconhece, de maneira expressa e literal, o modelo de execução obrigatória integral do orçamento público, tradicionalmente conhecido por “orçamento impositivo”.⁸⁵

No entanto, para frustração de alguns e certamente para o prazer de muitos gestores públicos, a EC 102/2019 incluiu o §11 ao art. 165 para restringir tal impositividade do orçamento público, subordinando-o, entre outras coisas, a “questões de ordem técnica”, uma expressão normativa que configura uma janela aberta ao gestor público.

Bem, ainda que a compreensão de que orçamento público é de caráter meramente autorizativo esteja ainda muito presente no Brasil, é possível perceber que caminhamos paulatinamente a um orçamento impositivo. As normas constitucionais, a par de avanços e retrocessos, caminham para uma maior imperatividade das normas orçamentárias. Esse é, inclusive, o posicionamento do Poder Judiciário⁸⁶. É imposto ao gestor público o ônus de justificar a ausência de previsão orçamentária na concretização do direito social, ônus argumentativo reforçado pelo teor das Emendas Constitucionais nº 100 e 102 de 2019.

Pois bem. Esse é o cenário normativo-institucional relativo ao orçamento público que, por evidência, não é imune a críticas. Através do exame dos princípios orçamentários, tais como publicidade, clareza, compreensão, unidade orçamentária, especificação detalhada, autorização prévia e periodicidade, os quais são requisitos indispensáveis que devem ser

⁸⁴ As “emendas parlamentares” são previsões incluídas na lei orçamentária pelo Congresso Nacional que direcionam determinada rubrica orçamentária para a realização de projetos escolhidos pelos congressistas.

⁸⁵ Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/05/emenda-constitucional-100-impositividade/>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Plenário, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004.

considerados na elaboração moderna de um orçamento democrático, é possível verificar que, no Estado brasileiro, cada um desses princípios é sistematicamente descumprido por parte daqueles que elaboram o orçamento, que o sancionam e que o executam (MATIAS-PEREIRA, 2017, p. 340).

É em face dessas falhas institucionais que aqui se propõe o papel de destaque que deve ser atribuído aos Tribunais de Contas, uma instituição superior de controle de caráter eminentemente técnico, mas que não passa imune aos aspectos políticos inerentes ao planejamento e execução orçamentários.

2.2.3 Os Tribunais de Contas e o controle orçamentário

A Constituição Federal determina que compete ao Congresso Nacional, com o auxílio dos Tribunais Contas, o controle orçamentário e financeiro da atividade administrativa. A competência e as atribuições do Tribunal de Contas já foram tratadas nesta obra em seção especialmente voltada a esse fim. O que se destaca neste ponto é especificamente o exercício da fiscalização orçamentária do Sistema Nacional dos Tribunais de Contas e as suas implicações na concretização de direitos fundamentais.

O controle orçamentário é realizado, a todo o momento, pelo Tribunal de Contas. Desde a simples homologação de um ato que concede a aposentadoria até a análise de um edital de uma complexa obra pública, a compatibilidade da gestão pública em concreto com o previsto em leis orçamentárias é necessariamente fiscalizada pelo controle externo. A execução orçamentária é “feita através de atos da Administração Pública, que, da mesma forma que outros atos, estão sujeitos a equívocos, inobservância de suas normas, desvios de conduta dos agentes e toda sorte de irregularidades” (ABRAHAM, 2017, p. 309).

Enquanto fundamento legal, o art. 75 da Lei nº 4.320/64 prevê que a fiscalização orçamentária compreende: i) a legalidade dos atos que resultam a arrecadação de receita ou a extinção de direitos e obrigações; ii) a fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos; iii) o cumprimento do programa de trabalho, expresso em termos monetários e de realização de obras e serviços. Também de imperiosa relevância, o disposto, a Lei complementar nº 101/200 – emendada como a Lei de Responsabilidade Fiscal – traz inúmeras regras, recomendações e sanções que visam à integridade do orçamento público.

É notória a importância do Tribunal de Contas no controle da execução orçamentária. Ao passo que o Legislativo atua diretamente na elaboração do orçamento, o Sistema Nacional de Corte de Contas auxilia na fiscalização do cumprimento das leis orçamentárias.

Trata-se de uma função que “visa aferir a relação entre o que foi planejado e o que foi realizado, não na pobreza de interpretação de cifras, mas muito além disso” (JACOBY FERNANDES, 2016, p. 94), competindo à controladoria avaliar os resultados da gestão orçamentária.

Ao nosso sentir, o momento mais relevante da análise do cumprimento do orçamento público é certamente no julgamento da prestação de contas anual do gestor público. O processo de julgamento de contas é o processo de trabalho do controle externo destinado a avaliar e julgar o desempenho e a conformidade da gestão do chefe do Poder Executivo. O exercício dessa atribuição de julgamento de contas é, ao nosso juízo, a maior expressão do controle político e finalístico por parte dos órgãos de controle, uma vez que o processo de contas é justamente o “processo de trabalho do controle externo destinado a avaliar e julgar o desempenho e a conformidade da gestão” (MILESKI, 2018, p. 286).

De fato, é no julgamento anual das contas do gestor público que são avaliadas a aplicação das normas constitucionais mais diretamente vocacionadas aos direitos sociais – em especial aquelas de natureza não discricionária, como a execução obrigatória do piso constitucional em educação e saúde, – a aplicação dos vultosos recursos de *royalties* do petróleo que também são vinculados a políticas de desenvolvimento educacional, as transferências constitucionais obrigatórias, como o FUNDEB, e a destinação de fundos públicos previamente afetados, como os fundos de combate à pobreza e fundos de habitação.

Considerando que, no orçamento público, devem vir previstas todas as ações governamentais, percebe-se que o Tribunal de Contas acaba por exercer a fiscalização de toda a atividade estatal. Até por isso que se encontram, na doutrina, diversas vozes que defendem, por exemplo, o controle direto de políticas públicas por parte das controladorias externas. Por todos, Ronaldo Chalid (2019, p. 219) sustenta que, a partir do momento em que a Constituição atribuiu função fiscalizatória aos Tribunais de Contas, “também lhes concedeu o poder de determinar a correção das ações de Estado que acarretem prejuízo ou má aplicação do erário”. Ainda que o Tribunal de Contas não possa se imiscuir na decisão política do gestor público, é forçoso reconhecer o relevante papel dos Tribunais de Contas no acompanhamento *paripassu* da implementação da política pública não apenas acerca da correta aplicação dos recursos financeiros envolvidos, mas também na verificação dos resultados concretamente implementados através de critérios de eficiência.

A par de posicionamentos que estendem mais ou menos a competência intervencionista dos Tribunais de Contas, uma afirmação nos parece inegável: ao exercer a fiscalização orçamentária do Poder Público, o Sistema Nacional de Tribunais de Contas exerce inegável função social.

Nesse sentido, afirma categoricamente Ronaldo Chalid (2019, p. 218), em obra específica sobre o tema, que a função social dos Tribunais de Contas se concretiza quando do cumprimento de suas competências na busca pela aplicação de todos os princípios inerentes à Administração Pública. Assim, afirma-se que

Dentre os órgãos que exercem a função de auxílio no cumprimento das demandas sociais e das execuções dos programas governamentais, temos os Tribunais de Contas, que fazem a defesa do indivíduo, do patrimônio público e dos valores sociais por meio de mecanismos que procuram incrementar a transparência na gestão, combater o desperdício e a corrupção, já que detectam e impõem a correção dos rumos de implementação ou consolidação de políticas públicas que possam concretizar benefícios à sociedade (CHALID, 2019, p. 214).

De fato, partindo da premissa aqui exposta de que o orçamento é a peça de organização programática mais relevante do Poder Público e considerando que o Tribunal de Contas detém competência primeva justamente para o controle externo da efetividade do ciclo orçamentário, é fundamental reconhecermos o papel social central desempenhado pelo Tribunal de Contas na concretização dos direitos sociais prestacionais.

2.3 As técnicas de decisão no juízo de contas e a análise consequencialista da governança pública

O exercício da administração pública e dos seus controles interno e externo envolve um constante processo de tomada de decisões. Não se fala aqui apenas do julgamento final em processo administrativo, mas do contínuo exercício da atividade administrativa que envolve, a todo momento, a emissão de determinações, soluções de conflitos e adoção de posturas proativas. A bem da verdade, mesmo a omissão em proferir um juízo consiste em uma tomada de decisão. Todos os atores envolvidos na gestão da coisa pública, seja lá qual for a natureza dos seus vínculos jurídicos, percebem-se diuturnamente realizando escolhas públicas e convivendo com renúncias que, em última instância, atingem a sociedade como um todo e dão concretude ao Estado Democrático de Direito.

Como ensina Bittar (2018, p. 686) em sua filosofia jurídica, diversos elementos condicionam o agente decisório na cunhagem de um juízo final. Como já dito, o processo decisório é ato complexo, sendo certo que o texto da norma é apenas o ponto de partida para a análise de todos os significados e todas as implicações que se referem a uma situação fática que demanda uma resposta. A decisão é uma construção racionalizada que, ainda que originalmente possua uma específica intencionalidade, acaba produzindo um conteúdo autônomo por si só, da mesma forma como ocorre com as normas jurídicas. Decisões constituem precedentes normativos, os quais devem ser observados de forma a garantir segurança jurídica, isonomia e integridade do ordenamento jurídico.

Veja como a filosofia jurídica não está alienada da prática administrativa. A correta compreensão de que o processo decisório constrói norma autônoma é advogada em obras específicas que dão concretude à aplicabilidade dos precedentes decisórios administrativos. O professor Rafael Oliveira, em obra específica fruto do seu pós-doutorado, conceitua o precedente administrativo como a “norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública” (OLIVEIRA, 2018a, p. 95).

Desse conceito podemos extrair duas noções fundamentais. Primeiro, a própria importância geral e abstrata que deve ser dada à decisão, uma vez que ela não se aplica apenas ao caso concreto sob análise, mas produz efeitos também no sistema jurídico como um todo, espalhando-se a outros casos práticos. Segundo é que a decisão deve observar o interesse público, um conceito jurídico indeterminado que deve ser concretamente demonstrado no processo de tomada da decisão.

A decisão de cunho jurídico envolve um processo complexo de conjugação de elementos de fato e de direito. Tratando-se de uma conformação constitucional de Estado Democrático de Direitos, há uma inescusável incidência do Direito na tomada de decisão na esfera administrativa, até em virtude do rigor imposto pelo princípio da legalidade (juridicidade) na gestão pública, que deve se conformar normativamente a um denso bloco de legalidade, composto por um diverso ordenamento de normas jurídicas vinculantes das mais variadas hierarquias normativas. Nesse cenário, encontramos uma multiplicidade de polos legitimados para a aplicação do direito, existindo várias esferas com atribuição jurídica para interpretar e aplicar as normas de modo mandatório, tais como agências reguladoras, tribunais administrativos, tribunais arbitrais, Ministério Público e, claro, os Tribunais de Contas.

Todos, finalisticamente, em processo de construção de uma decisão que implemente o interesse público.

Trazendo para o objeto deste trabalho, temos que o Tribunal de Contas é um órgão decisório por excelência. Como vimos em suas atribuições constitucionais, essa instituição superior de controle detém competência para suspender atos administrativos, fixar prazos, declarar nulidades procedimentais e até mesmo aplicar sanções de natureza pecuniária e administrativa. A bem da verdade, tamanho é o poder operativo da Corte de Contas que, no exercício do seu mister de julgamento da prestação de contas do gestor público, a sua decisão pode inclusive servir como fundamento para afastamento desse gestor que ainda ocupe cargo público ou a sua inelegibilidade para pleitos eleitorais futuros.

Considerado o intervencionismo na gestão da coisa pública e o grau de restrição de direitos que as suas decisões podem impingir nos administradores, necessária que a dogmática jurídica disponha de técnicas e parâmetros que regrem o atuar da controladoria externa.

Dessa forma, a tomada de decisão dos membros dos Tribunais de Contas deve seguir técnicas que deem validade aos comandos imperativos desse órgão. Com vistas a dar maior conformidade normativa e segurança jurídica ao processo de tomada de decisão do gestor público e também dos órgãos que o controlam, surge a Lei federal nº 13.665, de 25 de abril de 2018, complementando a Lei de Introdução às Normas de Direito com normativas relacionadas ao Direito público e à gestão da coisa pública.

2.3.1 O advento da Lei federal nº 13.655/2018: a Nova Lei de Introdução às Normas de Direito

O Decreto-lei 4.657/1942 introduziu a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916. Em 2010, a Lei federal nº 12.376 altera a ementa do Decreto-lei, com vistas a ampliar o seu campo de atuação, que passa à alcunha de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (LINDB).

Muito feliz a alteração legislativa, uma vez que, de fato, a LINDB possui um campo de aplicação bastante abrangente e, mesmo antes da alteração redacional, já era compreendida como norma que se irradiava por todo ordenamento jurídico e não apenas no Direito civil. Em que pese uma ou outra norma voltada para aspectos práticos relacionados ao Direito internacional privado, é inequívoca a vocação da LINDB para a regulação de conflitos entre

tipos normativos das mais variadas espécies e hierarquias. O diploma legal é composto por regras e princípios que se mantiveram em conformidade mesmo com o advento da nova ordem constitucional de 1988 e se espalharam ao regularem questões sensíveis de conflito de normas no tempo e no espaço. Assim, a LINDB deve ser compreendida como

um conjunto de normas sobre normas, ou uma norma de sobredireito (*lex legum*), eis que disciplina as próprias normas jurídicas, prevendo a maneira de sua aplicação no tempo e no espaço, bem como a sua compreensão e o entendimento do seu sentido lógico, determinando também quais são as fontes do direito, em complemento ao que consta na Constituição Federal (TARTUCE, 2018, p. 2).

É tão sedimentada em nossa doutrina a compreensão de que a LINDB se aplica a outros ramos jurídicos além do Direito civil, que não houve maior espanto quando se apresentou um projeto de lei com conteúdo marcadamente relacionado ao Direito público para complementar as normas gerais dispostas na redação original do Decreto-lei nº 4.657/1942.

Trata-se do projeto de lei do Senado nº 349/2015, apresentado pelo senador Anastasia (PSDB/MG), cuja ementa é incluir, “na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”⁸⁷.

Dado os devidos louros ao Exmo. Senador da República que tomou a feliz iniciativa com a propositura do projeto de lei, é necessário reconhecer que a sua idealização surgiu dos esforços acadêmicos e frutíferos projetos de pesquisa vinculados à Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas. Nesse cenário, no bojo da justificativa do projeto de lei, reconhecem-se as figuras dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques como autores intelectuais da redação proposta.

O ideal por trás da propositura desse projeto é reforçar a segurança jurídica em um quadro de incerteza e de mudança permanente. Por diversas vezes já tratamos do dinamismo e da inovação na gestão da coisa pública para a concretização das propostas constitucionais. Veja o retrato posto na justificativa do projeto de lei:

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da

⁸⁷ O projeto de lei encontra-se disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1567532405298&disposition=inline>. Acesso em: 22 out. 2019.

administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional [...]

A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.⁸⁸

De fato, os autores intelectuais do Projeto de Lei em epígrafe já propunham esse ideal em trabalho acadêmico. Na obra lançada em 2013, eles dedicaram um capítulo específico para sustentar a proposição de uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle. Em seu diagnóstico – repisa-se, fruto de pesquisas acadêmicas – os autores apontavam alguns importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória da administração pública, como

- O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;
- Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);
- O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 278).

Colocamo-nos ao lado dos autores supracitados em suas críticas e vamos além: a insegurança jurídica que envolve os atos da administração pública afasta parceiros privados que se veem a todo momento em situação de risco, seja pela eventual nulidade contratual por forças que extrapolam a sua possibilidade de ingerência⁸⁹, seja pela dificuldade em receber pelo seu serviço contratado e regularmente prestado⁹⁰. Em vã tentativa de se remediar o

⁸⁸ O projeto de lei encontra-se disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1567532405298&disposition=inline>. Acesso em: 22 out. 2019.

⁸⁹ Vide, por exemplo, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro a qual requer a declaração de nulidade contratual e devolução dos valores pagos ao Contratado pelos serviços concretamente prestados. O motivo apontado pelo órgão controlador é que, durante a fase interna do processo licitatório, uma das empresas utilizadas na pesquisa de preços realizada pela Administração não desenvolvia, em tese, ramo de atividade compatível com o objeto prestado. Veja que o particular foi contrato em processo público de licitação e desenvolveu regularmente os serviços para o qual foi contratado. Ainda assim, agora se vê às voltas com medidas restritivas em virtude da ação de improbidade administrativa que lhe foi imputada, cujos fatos, supostamente ímprobos – falha na pesquisa de preços – não podem lhe ser imputados, uma vez que não possuem qualquer ingerência na fase interna do contrato. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, processo nº 0024138-64.2017.8.19.0023, 2ª Vara Cível da Comarca de Itaboraí.

⁹⁰ Como de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar a prestação de contas do Município de Itaguaí no exercício de 2018, identificou que a Prefeitura possui restos a pagar aos corretores

cenário, é editada uma profusão de leis e regulamentos que burocratizam a administração pública, abrindo espaço para uma evidente sobreposição de instâncias de controle, sem que minimamente consigamos impedir os mais variados atos de corrupção. Conclusão: a administração pública encontra-se engessada em seus próprios procedimentos, e a iniciativa privada precifica o risco de insegurança jurídica aumentando o custo de produtos e serviços.

Especificamente no que tange o Sistema Nacional de Tribunais de Contas, ainda temos a situação agravada uma vez que a cada Tribunal de Contas é permitida uma interpretação normativa. Em que pese grande parte do ordenamento jurídico a ser aplicado ser constituído de leis federais, é permitido a cada ente federado produzir a sua legislação complementar e a cada órgão de controle proferir a sua própria interpretação de legislação federal.

Vejamos o caso da contratação de assessoria jurídica especializada por municípios, por exemplo. O Tribunal de Contas de Sergipe editou a Resolução nº 323/2019, admitindo expressamente o procedimento de inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso II da Lei federal nº 8.666/93) para a contratação do serviço de assessoria jurídica especializada para a obtenção judicial dos créditos relativos aos *royalties* devidos em face da ANP e/ou recuperação de créditos tributários. De outro lado, o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, ao analisar situação jurídica idêntica, entende pela ilegalidade na contratação do serviço de assessoria jurídica especializada para a obtenção judicial dos créditos relativos aos *royalties* devidos em face da ANP.⁹¹

É diante desse cenário que julgamos absolutamente pertinente a propositura de um novo diploma legal que sirva como metanorma aplicável tanto à administração pública quanto aos seus órgãos de controle.

A tramitação parlamentar do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015 até ocorreu sem maiores dificuldades. Durante os três anos de debate legislativo, foram realizadas audiências públicas⁹², considerações doutrinárias e apresentadas emendas legislativas⁹³. Aprovado em plenário do Senado Federal em 19 de abril de 2017, o texto aprovado foi enviado à Câmara

que comprovadamente já prestaram seus serviços ou entregaram os seus produtos na monta de R\$28.969.085,66. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, processo nº 206.886-1/2019. Relator: Cons. Substituto Marcelo Verdini Maia. Julgamento em 06.11.2019

⁹¹ Tribunal de Contas da Paraíba. Processo nº 08186/2016. Relator Conselheiro Renato Sérgio Santiago Melo. Julgamento em 10.05.2019

⁹² Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/11/18/seguranca-juridica-nas-decisoes-do-poder-publico-e-tema-de-audiencia-na-ccj>. Acesso em: 8 nov. 2019.

⁹³ Foram apresentadas 15 emendas ao PLS 349/2015, disponíveis em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 8 nov. 2019.

dos Deputados sob a designação de Projeto de Lei nº 7.448/2017, sem maiores polêmicas e sem a apresentação de qualquer emenda parlamentar.

No entanto, de maneira até surpreendente, no momento do envio do texto final para sanção presidencial, diversos órgãos públicos e associações classistas, especialmente aqueles ligados ao controle externo da Administração Pública, insurgiram-se contra a aprovação do projeto.

A bem da verdade, a consultoria jurídica do Tribunal de Contas da União já havia produzido documento opinativo denominado “Análise preliminar do PL 7.448/2017”⁹⁴ com severas críticas ao texto em vias de aprovação. No entanto, já no momento da sanção presidencial, o órgão foi ainda mais incisivo em sua manifestação formal nos autos do processo administrativo TC-012.028/2018-5, concluindo até mesmo pela inconstitucionalidade do projeto⁹⁵, em um apego excessivo característico (infelizmente) de parte da doutrina brasileira que, a todo momento, socorre-se de arguições de inconstitucionalidade quando, na verdade, discute-se politicamente o mérito do projeto.

É óbvio e ululante que os órgãos de controle podem e devem se manifestar quanto à pertinência, efetividade e aplicabilidade de novas regras que influenciem diretamente no seu mister. O debate técnico e contributivo é corolário de um Estado Democrático e deve ser incentivado. O que não se pode aceitar são argumentos genericamente apresentados sob pretexto de inconstitucionalidade.

Veja, por exemplo, a crítica ao art. 20 do então projeto de lei. A consultoria jurídica do TCU afirma que a redação aprovada pelo Congresso importa em exercício de futurologia dos órgãos de controle e exige conhecimento extraprocessual ao impor que a motivação dos seus atos deve levar em consideração possíveis alternativas. Ora, a crítica levantada pelo órgão de controle acerca do mérito do art. 20 merece a nossa reflexão. No entanto, daí afirma que tal regra é inconstitucional por violar o dever de prestação de contas do agente público, salvo melhor juízo, já se revela um esforço jurídico não compatível com a crítica aposta. A par da pertinência ou não da regra do art. 20 do então projeto, não é possível arguir a inconstitucionalidade de uma norma que apenas se limita a exigir uma motivação conforme necessidade e adequação da medida administrativa que se adota.

⁹⁴ Disponível em:
<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162D40B8CB632CC&inline=1>. Acesso em: 8 nov. 2019.

⁹⁵ Disponível em:
<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>. Acesso em: 8 nov. 2019.

Ao nosso sentir, as críticas apresentadas ao projeto de lei pelos órgãos de controle e especialmente pelas entidades classistas⁹⁶ se envolvem mais ao espectro sociopolítico do que propriamente ao jurídico. Como bem destaca a doutrina, em “regra, o detentor de competências reage quando sua liberdade de aplicação do direito é submetida a algum limite ou parâmetro, mesmo que seja em prol da segurança jurídica e da estabilidade das relações”. (MARQUES NETO; FREITAS, 2019. p. 17). No mesmo sentido, o professor baiano Paulo Modesto afirma que

A proposta trata de limitar o arbítrio de autoridades administrativas exigindo motivação detalhada e especificação de responsabilidades. Paradoxalmente, por limitar o arbítrio e exigir dos órgãos de controle menor grau de discricionariedade em favor da segurança jurídica, foi difamada por representantes de auditores dos tribunais de contas, de juízes e membros do Ministério Público como um projeto voltado a facilitar o malfeito, para usar uma expressão que entrou em voga.⁹⁷

De outro lado, é importante destacar que diversas foram as manifestações em apoio à sanção do projeto de lei⁹⁸. Por todos, destacamos aqui as considerações de Marçal Justen Filho, considerado um dos maiores especialistas na área de licitações e contratos da Administração Pública. Para o autor, a aprovação do projeto merece aplausos da comunidade jurídica, uma vez que fornece regras para disciplinar a invalidação de um ato administrativo, reduzindo a insegurança jurídica. Conclui o administrativista afirmando, de maneira até esperançosa, que o “Brasil necessita de investimentos, especialmente em infraestrutura. Isso depende de segurança jurídica, previsibilidade e transparência. O projeto caminha nessa direção. Não é uma solução final, mas é um passo importante”⁹⁹.

⁹⁶ Foram emitidas manifestações contrárias à sanção do projeto às seguintes entidades de classe: Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas, Associação Nacional dos Ministério Público de Contas, Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas, Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil, Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas.

⁹⁷ Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/fake-news-institucional-a-critica-vazia-ao-projeto-de-lei-7488-2017>. Acesso em: 8 nov. 2019.

⁹⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Freitas (2019, p.16) elencam em sua obra mais de dez artigos-opiniões de apoio ao então projeto de lei, dentre os quais destacamos o trabalho de Sérgio Ferraz, *Controle externo não está ameaçado pelo PL 7.448/2017*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>, e de Egon Bockmam Moreira, *A nova lei de introdução e o prestígio ao controle externo eficiente* Paulo Modesto, *Fake News institucional: a crítica vazia ao projeto de lei 7.448/207*, disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/a-nova-lei-de-introducao-e-o-prestigio-ao-controle-externo-eficiente-6133bodkb8lvvkj4hc1knle4o/>. Acessos em: 8 nov. 2019.

⁹⁹ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro-18042018>. Acesso em: 8 nov. 2019.

Enfim, em 25 de abril de 2018, o projeto de lei foi convertido na Lei federal nº 13.655. Manteve-se grande parte da redação inicialmente proposta, ainda que a Presidência da República tenha vetado parcialmente alguns trechos do texto aprovado pelo Congresso Nacional. Ao nosso sentir, ao mesmo tempo em que do projeto inicial tenha se perdido a oportunidade de se concretizarem certos avanços, realmente outras propostas não tão pertinentes foram felizmente rejeitas. Faz parte do jogo democrático.

Muito bem-vinda a Lei federal nº 13.655/2018 ao trazer disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito público, ainda que, é claro, não seja imune a uma crítica ou outra, as quais buscaremos trazer no presente trabalho.

2.3.2 A Lei da Segurança para a Inovação Pública: governança pública e o consequentialismo das decisões

A nova LINDB se propõe a um processo de tomada de decisão que leva em consideração as implicações práticas da medida a ser adotada. A sua aplicabilidade é direcionada ao Administrador Público, ao Poder Judiciário e ao Controlador Externo, como o Sistema Nacional de Tribunais de Contas.

A *ratio* do projeto foi afastar a indeterminação das decisões judiciais e permitir um ambiente mais seguro à inventividade no exercício da Administração Pública, sem jamais, por evidência, permitir ilegalidades e atos de corrupção.

Muito vem se falando em “análise consequentialista” dos atos da Administração Pública. Somos da opinião de que a nova LINDB vai além: o novo diploma legal formaliza verdadeiramente um novo modo de pensar a Administração Pública, mais conectado com os desafios do gestor público e o que já vinha propagando a doutrina mais moderna.

Ainda que a Lei federal nº 13.655/2018 configure uma conformação coesa de regras e princípios interligados, cada novo artigo inserido na nova LINDB possui uma *ratio* que lhe é subjacente. De qualquer sorte, para a melhor compreensão no novo sistema normativo, podemos afirmar que o novel diploma é fundamentado em três pilares: segurança jurídica, consensualidade e responsabilização do agente. Dessa forma, os dez artigos que foram incluídos na LINDB podem ser analisados de maneira sistemática, como a conformação desses três pilares, os quais são postulados subjacentes às regras dispostas.

Em primeiro plano, temos o ideal da segurança jurídica nas decisões administrativas e judiciais, o que consta até da própria ementa da lei. Tais disposições são o que inaugura o

conteúdo normativo da Lei federal nº 13.655/2018. A inclusão dos artigos 20, 21 e 22 visa “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições” (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 21), ao passo que os artigos 23, 24 e 26 se relacionam à previsibilidade das decisões jurídicas.

A tão prolatada análise consequencialista das decisões é uma das facetas do postulado da segurança jurídica. Enuncia o art. 20 da LINDB que a fundamentação, em normas abstratas, genéricas e subjetivas, deve ser evitada em nome da segurança jurídica e concretude das consequências práticas inerentes à tomada de uma decisão. A exposição de motivação idônea, concreta e demonstrativa da compatibilidade entre a norma jurídica e o caso concreto se faz necessária tanto para o controle externo como para a aplicabilidade da *decisium*.

Marçal Justen Filho, ao tecer análise especificamente acerca do art. 20 da lei, afirma categoricamente que a sua finalidade é “reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 14). O subjetivismo de decisões gera inegável insegurança jurídica, seja a proferida pelo administrador, seja aquela proferida pelos órgãos de controle. De fato, a abstratividade da decisão impede justamente o seu controle externo. Fundamentos genéricos impossibilitam a real verificação da motivação da decisão, independente do órgão que a tenha proferido.

Um dos autores intelectuais da proposta legislativa chega ao ponto de destacar que a subjetividade e a generalidade no reiterado uso de valores abstratos servem como uma “arma de espertos e preguiçosos” (SUNDFELD, 2014, p. 205). Com a mesma acidez, Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas (2019, p. 22) sustentam que a utilização de indeterminações principiológicas possibilita que o controlador indevidamente ocupe o espaço do administrador público, “seja para não ter de motivar, adequadamente, as suas decisões, seja para ignorar o ordenamento jurídico, seja para, sem uma análise consequencialista, resolver políticas distributivas”. Veja que, no mesmo sentido, Marçal Justen Filho compreende que

a invocação a fórmulas gerais e imprecisas funciona como uma solução para encobrir uma preferência subjetiva da autoridade estatal. O sujeito investido da competência formula uma escolha segundo processos psicológicos indeterminados. Em muitos casos, essa decisão até pode se configurar arbitrária. A invocação de fórmulas genéricas apresenta uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e a ocultar a solução arbitrária adotada (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23).

É diante desse cenário que a LINDB vem impor a análise consequencialista dos atos para o exercício da atividade administrativa e o seu controle. Por mais autoexplicativa que seja a expressão “análise consequencialista”, indicamos aqui o conceito proposto por José Mendonça (2018, p. 47), segundo o qual, o consequencialismo jurídico é “postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa”.

É nesse sentido que o art. 21 enuncia que as decisões administrativas e judiciais devem indicar, de modo expreso, suas consequências jurídicas e administrativas. Percebe-se, a toda evidência, a sua conexão com o art. 20, o qual refuta fundamentações abstratas. O sistema impõe uma fundamentação motivada em elementos jurídicos concretos que levam em consideração os efeitos práticos da tomada de decisão.

Fechando e dando conformidade ao dever de análise consequencialista das decisões, o art. 22 da LINDB enuncia que, ao motivar a decisão considerando as consequências práticas do ato, é fundamental que sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo. Em um Estado federado diverso e plural, como o Brasil, o nível de profissionalismo e as exigências sociais impostas aos administradores são consideravelmente diversas. A dificuldade de um gestor no interior do Amazonas evidentemente é diferente do administrador público do Estado de São Paulo. O acesso à informação, técnica e profissionalismo dos agentes envolvidos deve ser levado em consideração no processo de tomada de decisão, assim como o desafio social diante do qual o agente público se vê diante.

O que se preceitua é um maior pragmatismo no processo de tomada de decisão e no exercício do controle externo dos atos públicos. A bem da verdade, comumente, o gestor público já leva em consideração os “obstáculos e dificuldades reais”, já que o desafio da gestão pública lhe é inerente ao cargo. Por isso, ao nosso sentir, o dispositivo que impõe uma análise pragmática das decisões é vocacionado aos órgãos de controle externo, seja o Sistema Nacional do Tribunal de Contas, ou até mesmo o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Eduardo Jordão (2018, p. 70) ensina que o art. 22 da LINDB combate o “idealismo dominante no direito brasileiro e exige do intérprete maior atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas que impactam a atuação administrativa e podem limitá-la”. Dessa forma, ao aferir a validade do ato, o órgão judicante necessariamente deve levar em consideração o cenário fático e estrutural que envolveu o processo de tomada de decisão. A norma legal, por evidência, regulamenta as situações normais. Diante do desafio do exercício do cargo público

e das reais dificuldades, as excepcionalidades do caso concreto devem ser levadas em consideração, de forma a contextualizar a decisão a ser objurgada.

Veja, por exemplo, o caso do atraso no pagamento de salários dos servidores públicos, cenário que, infelizmente, tomou conta da realidade dos municípios e Estado do Rio de Janeiro. Muito em virtude de uma inegável crise no recebimento dos *royalties* do petróleo devidos ao Rio de Janeiro, governo estadual e municípios fluminenses se viram diante de uma vertiginosa queda das receitas inicialmente orçadas, mas ainda, é claro, devendo fazer frente às despesas correntes com gastos de pessoal. Diante de um imbricado cenário de transferências intergovernamentais facultativas e obrigatórias¹⁰⁰, despesas decorrentes de convênios interfederativos¹⁰¹ e verbas com destinação vinculada¹⁰², o fato era que bons e maus governantes não conseguiam adimplir mensalmente com o salário dos seus servidores. Como era de se esperar, em virtude dos atrasos e da sua necessidade de subsistência, as entidades de classe buscaram socorro no Poder Judiciário, que determinou o bloqueio das contas dos entes federados para o imediato pagamento dos salários dos servidores públicos, tido pelo órgão jurisdicional como a prioridade do Governo¹⁰³.

Inquestionável é a imperativa necessidade de pagamento do salário dos servidores, os quais, de fato, passavam necessidade em virtude do descontrole de contas da Administração Pública. A queda na receita pública já era prevista por especialistas, e competia ao Poder Público buscar a redução com gasto de pessoal. Ocorre que, de outro lado, a penhora nas contas públicas gera um descontrole ainda maior do orçamento público, uma vez que verbas de destinação vinculada – fundos públicos, por exemplo – são arrestadas para fins diversos do expressamente previsto. E pior, a penhora de contas públicas para fazer frente à determinada

¹⁰⁰ Consulta disponível em:

<http://www.fazenda.rj.gov.br/tesouro/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/paginaDocumentos.jspx?datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC193245>. Acesso em: 4 jan. 2020.

¹⁰¹ Destaca-se o financiamento compartilhado das Unidades de Pronto Atendimento. Consulta disponível em:

<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/unidade-de-pronto-atendimento-upa-24h#financiamento>. Acesso em: 4 jan. 2020.

¹⁰² Destaca-se o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, cuja destinação das verbas é vinculada ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério em atividade na educação básica e em ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica pública. Mais informações disponíveis em:

<http://www.fn-de.gov.br/financiamento/fundeb/fundeb-apresentacao>. Acesso em: 4 jan. 2020.

¹⁰³ Vide, mais uma vez, o caso do município de Itaguaí. Já apontamos os restos a pagar devidos aos credores que o município carrega até hoje. No fim de 2016, os servidores daquela cidade também se encontravam com os seus salários parcialmente atrasados, e o Ministério Público ajuizou ação civil para o bloqueio das contas. A determinação judicial foi consideravelmente abrangente, incluindo o bloqueio de verbas vinculadas, gerando atraso de pagamento em outros serviços básicos. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 0013447-22.2016.8.19.0024. 1ª Vara da Comarca de Itaguaí, julgamento em 10.12.2016.

despesa – por mais justa que essa despesa seja – importa na escolha pelo Poder Judiciário de qual deve ser a prioridade do Poder Executivo. Nesse cenário, vimos, por exemplo, municípios que tiveram as contas arrestadas e, por isso, não adimpliram os contratos administrativos de limpeza urbana, gerando o caos na cidade. Outros que sofreram a penhora não puderam arcar com despesas de saúde pública que eram de contratos terceirizados, como as Unidades de Pronto Atendimento e organizações sociais gestoras de hospitais municipais, que também fecharam as portas. Os fornecedores também não recebiam pelos seus produtos, o que gerou atraso em entrega das merendas escolares e material médico aos hospitais.

O exemplo acima, ao nosso sentir, é bastante esclarecedor da necessidade de uma análise consequencialista das decisões. O Poder Executivo, a todo momento, exerce escolhas públicas ponderando interesses. Por sua vez, os órgãos de controle e o Poder Judiciário, ao se imiscuírem (muita das vezes, ilegitimamente) na escolha pública de competência originária do gestor administrativo, também devem, ao menos, ponderar os interesses envolvidos através de uma análise de consequência dos atos.

Pois bem. Ainda analisando o pilar da segurança jurídica enunciado pela LINDB, para além de um dever de análise dos aspectos fáticos externos que envolvem o processo de tomada de decisão, a Lei federal nº 13.655/2018, no esteio do programado pelo Novo Código de Processo Civil, busca assegurar também a previsibilidade e a estabilidade das decisões, mais uma das facetas do postulado da segurança jurídica.

Assim, além de considerar as consequências e o cenário fático que tangenciam o objeto do processo de tomada de decisão, o art. 23 da LINDB impõe que mudanças na orientação e interpretação de regras e princípios devem observar um regime de transição. Em plena sintonia, o art. 24 da LINDB impõe que a revisão de atos e ajustes administrativos devem levar em consideração as orientações gerais da época de sua decisão. Duas conclusões podem ser extraídas desses dispositivos.

Primeiro, de maneira implícita, aqui há uma regra que impõe a estabilidade de decisões. Eventuais mudanças de orientação devem ser ao máximo evitadas, de forma que os administradores e administrados tenham garantido o seu direito a certa previsibilidade no atuar da Administração Pública.

Segundo, aí sim de forma mais explícita, o novel dispositivo reconhece a real possibilidade de viradas interpretativas e mudanças de orientações ao aplicar a norma, especial a norma de conteúdo abstrato que é mais suscetível à interpretação progressista. Em tais, é imperativo que se estabeleça um regime de transição, para que assim administradores e administrados não sejam surpreendidos com novos deveres impostos e extraídos por normas

de conteúdo abstrato. Essa já é também a *ratio* do Código de Processo Civil editado em 2015, no qual, em nome também da segurança jurídica, o artigo 927, §3 possibilita inclusive a modulação dos efeitos da decisão judicial que altera jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

A doutrina processualista, totalmente aplicável ao universo da Administração Pública, já trata da prospectividade da alteração da jurisprudência dominante. O chamado *prospective overruling* é uma técnica de modulação dos efeitos da alteração no entendimento, isto é, significa que os tribunais, ao mudarem uma orientação jurisprudencial já consolidada, devem aplicá-la apenas aos casos futuros, o que se impõe pelo dever de boa-fé e segurança jurídica (NEVES, 2016, p. 512).

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, inclusive, possui casos de aplicação dessa norma antes mesmo da edição na nova LINDB. A partir das conclusões extraídas dos processos administrativos nº 82581-3/2016 e nº 222059-0/2016, foram expedidas diversas comunicações aos municípios fluminenses para que passassem (em caráter prospectivo) a obedecer a ordem cronológica de pagamento, regra insculpida no art. 5º da Lei federal nº 8666/93. Veja que a regra sempre existiu, mas não era muito bem respeitada pelos entes federados, e o Tribunal de Contas compreendia que a verificação de cumprimento dela não era de sua competência. A partir de um movimento nacional, o TCE/RJ recomendou aos jurisdicionados que passassem a dar cumprimento a essa regra, informando que passariam a analisar essa conformidade a partir do exercício financeiro seguinte, dando prazo hábil para que os órgãos controlados pudessem se organizar.

É consubstanciado nesse arcabouço jurídico que se “busca a preservação das decisões administrativas como meio de assegurar a estabilização de relações jurídicas e assim proteger a segurança jurídica” (CÂMARA, 2018, p. 116). Nada impede a alteração de orientações normativas. A evolução da jurisprudência é inerente à ciência jurídica. O que se resguarda, aqui, é a segurança jurídica que deve ser observada nos casos de alteração de posicionamento da Administração ou dos órgãos de controle, de forma a garantir certa previsibilidade dos atos administrativos já perfeitos.

Em um segundo plano, além do postulado da segurança jurídica, a Lei federal nº 16.655/2018 também visa à atuação consensual dos agentes envolvidos no exercício da Administração Pública e a postura dialógica com a sociedade civil.

O princípio da consensualidade vem para abrandar o rigor extremo da indisponibilidade do interesse público e da estrita legalidade. A automaticidade da subsunção do fato à norma, ainda que permaneça como a regra primeva na Administração Pública, passa

a ser relativizada através da possibilidade da realização de acordos e composições que resguardem a coisa pública e sejam mais equânimes e proporcionais.

A consensualidade na Administração Pública está na ordem do dia. No entanto, há algum tempo, a doutrina mais progressista já vinha enunciando a importância da implementação de instrumentos mais participativos e consensuais em detrimento a meros expedientes imperativos. Nesse sentido, Patrícia Baptista (2003, p. 271) entende por *Administração Consensual* aquela que vai “pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o Direito Administrativo clássico”. O consenso quer dizer acordo, compromisso de vontade, ou seja, a consensualidade administrativa é justamente a manifestação do fenômeno participatório da Administração Pública.

O sempre vanguardista Diogo de Figueiredo Neto também era um ferrenho defensor da aplicação da consensualidade na Administração Pública, o que seria para ele a própria expressão do princípio democrático. Assim já enunciava o saudoso professor:

É inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representada para a Política e para o Direito é uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona a decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (MOREIRA NETO, 2003, p. 145).

Felizmente, hoje, o conjunto normativo disponível à aplicabilidade da consensualidade na Administração Pública é muito mais rico do que na época da edição das obras acima. A bem da verdade, é justamente em virtude de trabalhos vanguardistas, como os dos autores supracitados, que hoje o Direito administrativo expressamente dispõe acerca de instrumentos de consenso da Administração Pública.

É nesse cenário que os artigos 26 e 29 da LINDB pavimentam a estrada que vinha sendo paulatinamente construída através de normas esparsas e setoriais. Como norma geral aplicável ao Direito, a Lei federal nº 13.655/2018 consagra definitivamente a consensualidade como um vetor normativo no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 26 trata especificamente dos compromissos que a Administração pode celebrar com particulares ou outros entes públicos com vistas a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito público. Esse permissivo genérico para a Administração Pública transacionar tem como fundamento de validade o princípio da consensualidade administrativa. A norma dispõe um mínimo regulamentar com os requisitos

de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia dos interesses gerais, como o controle preventivo a ser exercido pelo órgão de assessoria jurídica (GUERRA; PALMA, 2018, p. 147).

Veja que o dispositivo em epígrafe é vocacionado à edição de compromisso entre a Administração e particulares que, de alguma forma, já se relacionam diretamente com o Poder Público, como contratantes ou pessoas submetidas de alguma forma ao poder de polícia ou poder regulatório do Estado. Trata-se, portanto, de regra com considerável aplicabilidade prática na substituição de sanções imperativas ou até mesmo de maneira a se prevenirem eventuais demandas judiciais que não resguardam o interesse público em virtude da morosidade do Poder Judiciário.

Por sua vez, a consensualidade propagada pelo art. 29 é aplicável a momento jurídico anterior, antes da própria edição de uma norma jurídica. É que o dispositivo institui o regime jurídico da consulta pública, enunciando que a edição de atos normativos poderá ser precedida de consultas públicas para a manifestação de interessados. Veja que não se trata de norma impositiva (infelizmente), mas de recomendação legal para que os agentes afetados por novel legislação possam influir diretamente na construção do novo ato normativo.

Tal regramento, totalmente conectado com a consensualidade, vem para dar maior legitimidade aos atos administrativos e normativos. O Direito administrativo, que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje reclama ainda o respeito à legitimidade. É a necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do Poder Público, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas (OLIVEIRA, 2013, p. 152).

Há quem defenda inclusive que o art. 29 configura um verdadeiro dever da Administração Pública, afirmando que a realização da consulta pública é o que materializa a motivação dos atos normativos da Administração Pública. Vera Monteiro (2018, p. 233) sustenta que “o cumprimento do dever de motivação surge do diálogo que só a consulta pública propicia”, motivo pelo qual seria válido dizer que, sem a consulta, “a motivação do ato administrativo normativo seria unilateral – e não deve ser”.

Apesar da instrumentalidade do posicionamento, não podemos concordar com a ilustre professora. A LINDB vem justamente para dar maior segurança jurídica à interpretação do Direito público. Assim, ao nosso sentir, seria uma contradição interpretar uma norma tão literal e objetiva de maneira tão distinta ao expressamente disposto. A redação legal é clara ao utilizar a expressão “poderá” ao invés de “deverá”, motivo pelo qual não é dado ao intérprete

utilizar tal dispositivo como uma imposição de realização de consulta pública prévia, mas sim uma mera possibilidade ou forte recomendação.

Em terceiro e último plano, temos a responsabilização subjetiva dos agentes que atuam direta ou indiretamente em nome da Administração Pública.

A *accountability* pública impõe ao agente público o dever de prestar contas e ser responsável por ilícitos cometidos na gestão da coisa pública. Como exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a responsabilização do agente público é inerente ao Estado Democrático de Direitos, dando conformação jurídica ao princípio da boa administração pública.

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de diversas normas que trazem a responsabilização de agentes públicos, em sentido estrito, e de particulares que se relacionem com a Administração Pública. O nível de controle e de responsabilização do agente administrativo é tamanho que o *accountability* é realizado desde o mero processo administrativo local até os crimes de responsabilidade previstos constitucionalmente. A vultosa quantidade de demanda e burocracia administrativa relativa a processos de controle internos e externos no dia a dia do agente público salta aos olhos, ainda que, mesmo assim, tenhamos notícias dos mais variados casos de corrupção. Como não poderia ser diferente, os próprios Tribunais de Contas também possuem os seus processos internos que visam à responsabilização dos agentes que, de alguma forma, relacionam-se com a coisa pública, competindo aos órgãos de controle verificar a implicação dessas pessoas em eventuais ilegalidades e irregularidades.

É em face desse cenário de pluralidade de normas que a Lei federal nº 13.655/18 traz regras gerais aplicáveis ao Direito público que versam justamente acerca da responsabilização do agente público, garantindo-lhe segurança jurídica para implementar inovações na Administração Pública.

O art. 28 da LINDB prevê que o agente público irá responder pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas apenas em caso de dolo ou erro grosseiro. Dessa forma, afasta-se a responsabilização objetiva do agente que, muitas das vezes, era punido por toda e qualquer ilegalidade administrativa realizada em seu nome, independente da verificação do elemento subjetivo, da existência ou não de boa-fé. A bem da verdade, ainda que a exigência da caracterização da má-fé já fosse uma exigência doutrinária, ainda era possível encontrarmos casos em que, claramente, o agente público era responsabilizado de maneira objetiva, independente do elemento volitivo e finalístico do ato.

Portanto, nos termos do artigo 28, o agente público será responsabilizado pelos seus atos quando agir com dolo ou cometer erro grosseiro.

O dolo diz respeito ao elemento subjetivo do agente, o que é sempre de difícil avaliação. Nas palavras de Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018, p. 211), “haverá dolo quando o gestor agir com a intenção de praticar um ato contrário à Administração”. Dessa forma, a “demonstração da ocorrência de dolo, normalmente refletida em uma fraude, pressupõe exame de elemento subjetivo, o que traz dificuldade probatória, e dependerá de investigação cuidadosa”.

Por sua vez, o erro grosseiro, apesar de possuir conteúdo jurídico indeterminado, é mais fácil de verificação no caso concreto. Trazendo à baila a doutrina civilista, o erro consiste em falsa representação da realidade, seja ela fática ou jurídica. O agente que toma a decisão ilícita com base em erro, na verdade, tomou decisão que não adotaria caso houvesse a real representação da realidade, isto é, se o agente tivesse a correta representação da realidade fática ou jurídica adotaria outra medida (lícita) no caso concreto.

Veja que a responsabilização do agente não ocorrerá em qualquer caso de erro, até pelo reconhecimento de divergências doutrinárias e jurisprudenciais que influenciam diretamente na correta representação da realidade jurídica. A punição do agente ocorrerá apenas nos casos de erro grosseiro no seu atuar.

Importante também frisar que a doutrina aponta que o erro grosseiro não afasta o exame da culpa no caso concreto. De fato,

estão abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves – ou gravíssimas. Afinal, o erro passível de ensejar responsabilidade, e assim, também ocorre no Direito Penal e, com o Direito Civil, como regra, pressupõe elemento subjetivo (culpa ou dolo) (BINEBJOM; CYRINO, 2018, p. 213).

Somos da opinião de que esse dispositivo consiste em uma das melhores inovações trazidas ao Direito Público. O gestor público convive com o receio de adotar posturas mais proativas e arrojadas por medo de ser responsabilizado pelos órgãos de controle. A “cultura do indeferimento” engessa a Administração Pública, ao passo que o art. 28 traz uma conformação jurídica que parte de um reconhecimento da falibilidade humana. É dado ao agente administrativo errar, sendo responsabilizado e punido apenas nos casos em que dolosamente comete ato ilícito ou incide em erro grosseiro.

Por sua vez, o artigo 27 diz respeito à responsabilização e compensação financeira em virtude dos custos e externalidades danosas que são gerados durante a tramitação de processos

administrativos, em especial aqueles instaurados de maneira abusiva ou com decisões que impactam fortemente do serviço público que vem sendo prestado. O direito à petição é direito fundamental do cidadão, no entanto, não existe processo grátis. O poder de polícia pode e deve ser exercitado pela Administração Pública, mas há limites jurídicos ao seu exercício. Há custos internos e externos que devem ser compensados e indenizados. Vejamos breve consideração doutrinária:

Mais ainda: sua instauração e tramitação envolvem custos diretos (a exemplo das despesas processuais e dos honorários de perito) e indiretos (como a reprodução de documentos e o pagamento de honorários advocatícios). E podem também gerar externalidades: prejuízos pela paralisação de atividade empresarial lícita por medida cautelar de agência reguladora; danos ocasionados pela suspensão de contrato regular de obra de empresa estatal por ato de tribunal de contas; benefícios financeiros para o Estado ou para agentes privados pelo adiamento, por meio de incidentes processuais, da execução de obrigação lícita de fazer devida a terceiro; ganhos econômicos de particular pela continuidade da exploração de mina cuja concessão, mesmo regularmente extinta pela Administração, tenha sido mantida por liminar judicial (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, p. 175).

Portanto, temos aqui regra de responsabilização para aquele que se beneficia indevidamente de processo administrativo, judicial ou controlador. O dispositivo visa coibir a “a assunção de riscos danosos em nome de simples interesses, e restaurando os efeitos de erros onerosos decorrentes de atos públicos” (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, p. 176).

A inclusão legislativa não configura propriamente uma novidade no mundo jurídico. O art. 927 do Código de Processo Civil possui norma análoga aplicável ao Direito processual, enunciando que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Pois bem. Esses são os dispositivos em vigor na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluídos pela Lei federal nº 13.655/2018, fruto de um projeto de lei idealizado nas academias universitárias.

Ao nosso sentir, as inovações são salutares, ainda que alguns aspectos mais descritivos das normas gerais vigentes tenham sido vetados pela Presidência da República¹⁰⁴. Ainda assim, a nova legislação vem verdadeiramente conferir maior segurança jurídica às relações de Direito público.

¹⁰⁴ A mensagem de veto está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

Posta a nova legislação, compete agora aos agentes públicos e instâncias controladoras conferirem real aplicação à Lei.

2.4 O Direito sancionatório no âmbito dos Tribunais de Contas

A *accountability* realizada pelos Tribunais de Contas, especialmente considerando o nível de gravidade de suas sanções, precisa observar detidos parâmetros de necessidade, suficiência e proporcionalidade, até em virtude do grau de intervencionismo inerente à atividade que a controladoria exerce na gestão pública de agente eleito diretamente pela vontade popular.

Não há *accountability* sem o *enforcement*, que é traduzido como o conjunto de “prerrogativas sancionatórias das instituições de controle e a capacidade de exigir o cumprimento de suas decisões” (WILLEMAN, 2017, p. 32). A aplicação de sanção, independente de sua natureza, é a resposta estatal mais clássica aos desvios de comportamento. Por consequência, é natural que as instituições estatais de controle apliquem sanções em face daqueles que cometem malfeitos em prejuízo ao poder público. De fato, a verificação da ilegalidade não precisa ser apenas exposta, mas também repreendida.

No entanto, as visões mais modernas compreendem o *enforcement* mais abrangente do que apenas a aplicação de pena que restrinja direitos. Segundo Schendeler (1999, p. 17), o *enforcement* pode abranger também a premiação por boas práticas, no que ele trata de *soft accountability*. Soma-se à compreensão destacada por Schendler a possibilidade de instrumentos consensuais de redução de danos, que vem cada vez mais sendo reconhecidos expressamente por lei formal.

A partir de um postulado básico do Estado brasileiro de que não há sanção sem prévia lei que a comine, é possível o estudo específico das sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas. Será visto que as Cortes de Contas não dispõem apenas de sanções de cunho meramente instrumental ou reparador de danos. Dentro do seu feixe de competência, a controladoria externa tem o condão de intervir diretamente na gestão pública, influenciando inclusive nos direitos políticos dos agentes democraticamente eleitos. Justamente em virtude dessa relevante e sensível prerrogativa sancionatória, que se julga imperativa a adoção de técnicas que garantam a segurança jurídica, previsibilidade, responsividade e respeito à dignidade do representante eleito.

Tratemos, portanto, das possibilidades sancionatórias das técnicas de decisão no juízo de contas, dando especial ênfase àquelas de cunho sancionatório, a partir dos princípios da necessidade, suficiência e proporcionalidade.

2.4.1 Sancões passíveis de aplicação pelo Tribunal de Contas

A aplicação de sanções por parte do Poder estatal é a clássica forma de intimidação para se impor o cumprimento de deveres pelos responsáveis. Trata-se de importante mecanismo de controle atribuído também aos Tribunais de Contas, porquanto, mediante instrumentos sancionadores, espera-se alcançar os resultados dissuasórios a médio e a longo prazos. A expectativa é que, através da previsão sancionatória, os agentes públicos e privados envolvidos na Administração Pública cumpram os seus deveres de lisura e probidade previstos expressamente também em regras legais.

Veja que a sistematização de um direito sancionatório envolve necessariamente um elemento teleológico, que é a finalidade punitiva por meio de um objeto aflitivo. Explica-se.

Há, na sanção administrativa, um elemento objetivo que é o efeito aflitivo inerente à sanção. A sanção é castigo que importa em recorte de direitos, reduções em esferas de liberdade ou patrimônios. Esse efeito aflitivo é algo necessário para que se considere uma determinada medida como tendo natureza sancionatória (OSÓRIO, 2019, p. 99). Por sua vez, o elemento teleológico é a finalidade punitiva que se busca por meio da aplicação desse castigo. A repressão é inerente à sanção administrativa. Claro que o caráter disciplinar de uma ou outra medida não pode ser desconsiderado. No entanto, sem embargos, a sanção administrativa a ser aplicada, ainda que com contornos de proposta ressocializatória ou preventiva, inevitavelmente passará pelo juízo de retribuição de um mal com outro mal, justamente a proposta punitivista.

Nesse cenário, julgamos relevante trazer o conceito de sanção administrativa apresentado em obra de referência produzida por Fabio Medina Osório. Para o autor, sanção administrativa é

um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em

norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo (OSÓRIO, 2019, p. 105).

Destaca-se, no conceito apresentado, para além dos elementos objetivos e finalísticos já suscitados, a sujeição passiva da relação jurídica sancionatória. Fabio Medina usa a expressão “jurisdicionado”, ao nosso sentir, para fazer referência aos indivíduos que sofrem sanções administrativas por força do poder jurisdicional exercido por desembargadores e magistrados. No entanto, interessante notar que os Tribunais de Contas alcunharam de “jurisdicionados” os próprios agentes públicos (também citado no conceito) que se submetem ao seu controle externo e, conseqüentemente, ao seu poder sancionatório.

Vejamos, então, as sanções passíveis de aplicação pelos Tribunais de Contas na atividade de controle externo exercido em face de seus jurisdicionados.

A norma constitucional que dá sustentação ao poder sancionatório do Tribunal de Contas é o inciso VIII, do art. 71 da Constituição Federal. Vejamos a sua redação:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

A norma constitucional em referência delega ao legislador ordinário a competência para cominar as sanções cabíveis no perímetro de atuação dos Tribunais de Contas, em especial na fiscalização de casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Essa delegação normativa – “sanções previstas em leis” – importa em duas conseqüências prático-normativas.

Primeiro é a imperiosa necessidade à observância dos princípios da legalidade na aplicação da sanção. A legalidade é o que orienta e limita toda a atividade da Administração Pública e, claro, não poderia ser diferente quando se trata da reserva de lei em Direito administrativo sancionatório. Assim, tanto o preceito primário que descreve objetivamente a infração praticada, como o preceito secundário que prescreve a cominação a ser aplicada devem estar previstos em lei. No entanto, infelizmente, o princípio da legalidade estrita é difícil de ser verificado na prática, uma vez que a dinâmica do exercício da função administrativa dificulta a prévia cominação detalhada de todos os atos administrativos. Em que pese a invariável dificuldade na estrita taxatividade dos preceitos primários, ao menos os preceitos primários devem observar a regra da lei em sentido formal.

Segundo é a feliz compreensão do constituinte de que cada ente federado possui a sua realidade socioeconômica e pode legislar com certa liberdade acerca de cominações passíveis

de aplicação. Trata-se, a bem da verdade, de uma regra geral do Direito sancionatório, em que vigora a ideia de descentralização legislativa. Dessa forma, “consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrido os respectivos procedimentos ou processos sancionadores” (OSÓRIO, 2019, p. 223).

De qualquer sorte, sem embargo da possibilidade de que cada Corte de Contas tenha a prerrogativa constitucional para a gradação das penas a serem impostas, a Lei federal nº 8.443/92 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – nos serve como o grande paradigma legal afeto ao tema, sendo certo que as espécies e condicionantes sancionatórios ali previstos se espraiam e servem como referências às Leis Orgânicas dos demais órgãos que compõem o Sistema Nacional de Tribunais de Contas.

O Capítulo V do referido diploma legal dispõe especificamente acerca das sanções, sendo o art. 56 deveras esclarecedor ao enunciar que “O Tribunal de Contas da União poderá aplicar aos administradores ou responsáveis, na forma prevista nesta Lei e no seu Regimento Interno, as sanções previstas neste capítulo”. Ainda que, a bem da verdade, outras sanções estejam previstas fora do Capítulo V, temos aqui o supracitado princípio da legalidade, sendo certo que todas as cominações sancionatórias devem restar previstas em lei formal.

A primeira sanção que destacamos é prevista no art. 46 da Lei, que diz respeito à declaração de inidoneidade de empresa. Para tanto, pode e deve o Tribunal, inicialmente, envidar esforços no sentido de provocar a Administração envolvida para que cumpra o dever de apurar e punir os envolvidos, uma vez que a mesma espécie sancionatória vem prevista no art. 87, §4 da Lei Geral de Licitações e Contratos como uma prerrogativa conferida ao Poder Público que tenha sido lesado pelo ato irregular (JACOBY, 2016, p. 432).

No entanto, configurada a omissão no acatamento de recomendação do Tribunal, caracteriza-se a conivência da própria Administração Pública com a irregularidade, o que abre espaço para a incidência do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, que possibilita a declaração de inidoneidade de empresas diretamente pelo controle externo.

Importante destacar que, ao nosso sentir, a competência sancionatória por parte do Tribunal de Contas se limita aos casos de omissão da Administração Pública. Consideramos haver uma primazia no julgamento prolatado pelo órgão público lesado (ao menos, em tese), que pode decidir por aplicar a sanção de inidoneidade ao particular ou não, a depender da avaliação por parte do próprio lesado acerca da gravidade da prática ilícita. Dessa forma, apenas no caso de verdadeira inércia na apuração administrativa da irregularidade apontada pelo Tribunal de Contas, é que surge a esse órgão externo a possibilidade de aplicação da

sanção prevista no art. 46 da LO, sob pena de estarmos diante de uma dupla possibilidade sancionatória, ficando o particular à mercê da variação de entendimentos e posições de distintos órgãos do Poder Público.

A inidoneidade diz respeito à reputação da empresa, que fica impedida de contratar com o Poder Público pelo prazo de até cinco anos na esfera de jurisdição do Tribunal de Contas que aplicou a penalidade. Veja que se trata de uma sanção administrativa vocacionada aos particulares e não aos agentes públicos que deram azo à ilegalidade constatada pelo controle externo. O gestor público que age em conluio com o particular, por sua vez, estará adstrito às espécies sancionatórias seguintes.

A segunda espécie sancionatória é a inabilitação para o exercício de cargo em comissão, prevista no art. 60 da Lei nº 8.443/93. Conforme o dispositivo legal, os Tribunais de Contas têm competência para inabilitar, pelo período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou de função de confiança no âmbito da Administração Pública, aqueles que tenham praticado comprovada irregularidade, o que serve tanto para penalizar diretamente o indivíduo, quanto para resguardar a Administração de novas irregularidades.

Temos aqui uma sanção administrativa vocacionada aos agentes públicos envolvidos em ilícitos administrativos. Importante destacar que, mesmo aplicada a sanção, pode o agente ocupante de cargo efetivo continuar vinculado à Administração¹⁰⁵, uma vez que a sanção atinge apenas o cargo em comissão ou a função em confiança. Por sua vez, caso o sujeito não seja ocupante de cargo efetivo, aí sim a penalidade implicará exoneração (JACOBY, 2016, p. 430). Sem embargo, em qualquer dos dois casos, o Tribunal de Contas possui competência para determinar cautelarmente o afastamento temporário do responsável, o que deverá ser executado pela autoridade administrativa hierarquicamente superior ao responsável a ser afastado. Aponta a doutrina que, se a autoridade competente deixar de atender, no prazo fixado, à determinação do Tribunal, será considerada solidariamente responsável (LIMA, 2017, p. 385).

A terceira espécie de sanção administrativa é a multa, que, sem dúvidas, protagoniza as sanções aplicadas pelos Tribunais no exercício do seu mister. A competência para aplicar a pena pecuniária em face de agentes públicos e particulares vem especificada nos arts. 57 e 58 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União:

¹⁰⁵ Aqui cabe uma nota distintiva. É cediço que, conforme determinação constitucional, cada Tribunal de Contas possui a sua própria legislação com as suas sanções em espécie. É por isso que, em alguns Tribunais, encontra-se o instituto da recomendação de aplicação da pena de demissão a servidores efetivos, como ocorre nos Estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso e Pará (MOURA; CASTRO, 2003, p. 157).

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

Adentrando nas proposições acima elencadas por lei, vemos que temos algumas hipóteses de incidência que dizem respeito à multa sanção *strictu sensu*, as quais dizem respeito ao cometimento de ilícitos administrativos (art. 57 e art. 58 incisos I, II e III) e outras cominações de multa com natureza coercitiva, que visam forçar o cumprimento do ordenado pelo controle externo (art. 58, incisos IV, V, VI e VII). A distinção entre as duas espécies possui grande relevância no que tange ao processo administrativo de aplicação e também na gradação do valor arbitrado da pena.

No que se refere ao processo de aplicação, é inequívoca a observância do direito ao contraditório e ampla defesa do jurisdicionado. No entanto, na hipótese da multa-coerção, o exercício do contraditório pode ser diferido, ao passo que, na multa-sanção, o direito de defesa deve ser prévio, até para que o *quantum* estabelecido seja proporcional ao dano ao erário. Nesse sentido, colocamo-nos ao lado de Luciano Ferraz, que sustenta que

pode-se estabelecer, no que tange à garantia do contraditório, distinção entre multas-coerção e multas-sanção. As primeiras, por tutelarem o cumprimento de obrigações públicas, assemelhando-se às medidas de polícia, permitem o diferimento do contraditório, vale dizer, autorizam a sua instalação depois de consumada a coação. Já as segundas reclamam prévio contraditório para que a sanção a ser imposta seja legítima (FERRAZ, 2002, p. 439).

Por sua vez, a gradação do valor arbitrado de pena, ao nosso sentir, é o ponto nevrálgico da aplicação das multas.

Tratando-se de multa-sanção em que é reconhecido o débito, a própria norma constitucional determina que o *quantum* arbitrado deve ser proporcional ao dano causado ao erário. Nessa toada, em um primeiro plano, temos a hipótese consubstanciada no art. 57 da Lei nº 8.443/1992, que prevê que o arbitramento da multa pode chegar a 100% do valor atualizado do dano causado ao erário. Aqui, de um lado, temos a pretensão ressarcitória de recuperação do dano causado ao erário e, de outro lado, a sanção pecuniária consistente na multa limitada ao valor total do débito apontado, devendo-se levar em consideração, inclusive, outros elementos, em especial, aqueles subjetivos, como dolo, culpa e negligência. Em outras palavras, Luiz Henrique Lima (2017, p. 369) explica em sua obra que “em processos de contas, inclusive TCEs, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida, acrescida dos encargos legais, podendo ainda ser aplicada multa de até 100% do valor atualizado do dano”. Em um segundo plano, temos as hipóteses de multa-sanção elencadas no art. 58 da Lei, nas quais a gravidade da infração (inclusive o próprio débito) também consiste no elemento de gradação do *quantum* a ser arbitrado, distinguindo-se apenas o limite do valor da multa que, atualmente, é de R\$ 62.237,56 (sessenta e dois mil, duzentos e trinta e sete reais e cinquenta e seis centavos)¹⁰⁶.

No entanto, situação mais delicada diz respeito aos casos de multa-sanção, em que a ocorrência de dano ao erário não foi verificada, e nas hipóteses de multa-coerção, descritas no art. 58 da Lei nº 8.443/1992, uma vez que, em tais situações, não há, prioristicamente, um elemento objetivo a ser observado. Em tais casos, também temos o limitador legal fixado em R\$ 62.237,56 (sessenta e dois mil, duzentos e trinta e sete reais e cinquenta e seis centavos) e a gravidade da infração também deve ser considerada no momento de sua fixação.

Nesse cenário um pouco mais nebuloso, o Regimento Interno do TCU prevê, em seu art. 268, parâmetros quantitativos previamente estabelecidos, normatização que certamente confere um patamar mínimo de segurança jurídica aos envolvidos, mas não elide o problema de não haver um elemento objetivo de extensão de dano a ser considerado¹⁰⁷.

Em virtude da descentralização normativa do Sistema Nacional de Tribunais de Contas, as Cortes possuem variações no balizamento do *quantum* a ser fixado a título de

¹⁰⁶ O limitador aplicável é aquele previsto no caput do art. 58 que traz o teto de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), hoje fixado em R\$ 62.237,56 (sessenta e dois mil, duzentos e trinta e sete reais e cinquenta e seis centavos), por força da Portaria nº 44 do Tribunal de Contas da União, expedida em 16 de janeiro de 2019.

¹⁰⁷ Para a melhor compreensão dos parâmetros utilizados pelo TCU, sugerimos o Quadro Esquemático elaborado de maneira detalhada por Luis Henrique Lima (2017, p. 373).

multa. Veja, por exemplo, que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro se limita a prever que, independente da natureza da multa e da inexistência de débito apontado, a fixação da multa levará em conta “entre outras condições, as de exercício da função, a relevância da falta, o grau de instrução do servidor e sua qualificação funcional, bem assim se agiu com dolo ou culpa”. A própria expressão “entre outras condições”, sem especificá-las por força de lei, já abre margem para interpretações alargadas no juízo do *quantum* de pena a ser aplicado. Espera-se, ao menos, que o ônus argumentativo expresso nas decisões seja suficiente para aferição da gradação das normas.

De qualquer sorte, a par da inexistência de um critério objetivo para gradação da pena imposta em virtude de irregularidade que não tenham causado dano ao erário, o instituto da multa consiste em fundamental sanção administrativa da práxis do controle externo. O efeito aflitivo causado pela restrição patrimonial serve tanto como um inibidor de condutas irregulares como fator elementar de punição aos maus gestores.

Concluindo a análise da sanção pecuniária, julgamos importante destacar que a pena de multa jamais pode ser confundida com imposição de débito por conta de lesão ao erário, tanto é que as duas condenações podem ser aplicadas de maneira cumulativa. Ainda que possua evidente caráter impositivo e também uma finalidade intimidatória, o apontamento de débito não possui natureza própria de sanção administrativa, visto que a sua natureza jurídica é de ressarcimento civil. Tecnicamente, podemos afirmar que

o ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que pena ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente (OSÓRIO, 2019, p. 113).

Por fim, ainda que também não possuam natureza jurídica de sanções administrativas, é importante rememorarmos a possibilidade constitucionalmente prevista de prolação de decisões coativas e preventivas no âmbito dos Tribunais de Contas, como assinar prazos para manifestações ou medidas práticas, sustações de atos administrativos e até mesmo a decretação de indisponibilidades de bens. Tais medidas são dotadas de evidente poder de império e, ainda que não constituam sanções administrativas, causam sofrimento e efeitos aflitivos na esfera pessoal do agente atingido. Dessa forma, ao nosso sentir, devem seguir na medida do possível os mesmos princípios e mesmas garantias aplicáveis às sanções administrativas.

Por todo exposto, vemos que os Tribunais de Contas possuem considerável rol de sanções administrativas que visam teologicamente impor o conteúdo de suas decisões, além de outras medidas que, apesar de não possuírem a natureza jurídica de sanção, são dotadas de evidente efeito aflitivo, também com vistas a resguardar, proteger e reparar a boa administração pública. Em virtude do constrangimento que as *decisiuns* dos Tribunais de Contas podem causar, aqui se propõe que os julgamentos realizados pelo controle externo ocorram de maneira bastante criteriosa, observando, além das novas regras trazidas pela Lei de Introdução às Normas de Direito, também os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.4.2 Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade

Suscitamos acima que as sanções de competência do Tribunal de Contas constituem um universo maior que é o Direito administrativo sancionatório. Claro, há suas especificidades, em evidência pelo fato de o objeto de controle das Cortes de Contas ser bastante peculiar: a gestão de contas públicas, que, pelo dinamismo do seu atuar, dificulta a precisa tipificação das condutas ilícitas. Destacando o seu caráter disciplinar, propomos aqui um parâmetro principiológico para a cominação e aplicação de sanções dos Tribunais de Contas: os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Esse teste que aqui destacamos consiste em corolário prático dos estudos acerca dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, os quais são vetores normativos da maior importância para os operadores do Direito, devendo ser utilizados como parâmetros tanto na interpretação da norma em tese, como também na aplicação em casos concretos. Todo e qualquer ato jurídico deve observar a proporcionalidade e a razoabilidade, ainda mais aqueles atos de cunho decisório que podem infligir sanções e restrições jurídicas a agentes públicos e/ou privados. Por conseguinte, as decisões e penalidades impostas pelas Cortes de Contas também devem observar as limitações impostas por esses princípios.

Aliás, uma distinção terminológica aqui se faz necessária: esses dois vetores são princípios, regras ou postulados? Para responder a essa pergunta, colocamo-nos ao lado das lições de Humberto Ávila (2005, p. 90), que compreende a proporcionalidade e a razoabilidade como verdadeiros postulados normativos, sendo esta a posição que, ao nosso

sentir, melhor evidencia a complexidade e a importância conferida aos ideais da proporcionalidade e razoabilidade.

De fato, o conteúdo normativo da proporcionalidade e razoabilidade não se conforma com a rigidez e o caráter descritivo de uma regra, cujas consequências são implementadas meramente através da subsunção do caso prático e da hipótese a ser preenchida. Na mesma toada, os princípios examinam o “dever de promover a realização de um estado das coisas”, ao passo que os postulados são “o modo como esse dever deve ser aplicado” (ÁVILA, 2005, p. 87).

Dessa forma, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade “situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”. São metanormas que “permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam” (ÁVILA, 2005, p. 87). Assim, por exemplo, é possível verificar se a regra legal que impõe a aplicação de uma sanção observa a razoabilidade e a proporcionalidade. O postulado normativo é o que estrutura o modo e a medida de aplicação da regra sancionatória ou restritiva de direitos fundamentais. Por isso o autor apresenta essa classificação como normas de segundo grau, porque os postulados normativos importam em “deveres estruturantes da aplicação de outras normas” (ÁVILA, 2005, p. 90).

Pois bem. A par da denominação que lhes é conferida, o decisivo é constatar e fundamentar a sua diferente operacionalidade. Para tanto, é preciso analisar o seu próprio conteúdo normativo da razoabilidade e da proporcionalidade.

A razoabilidade tem sua origem no Direito norte-americano, sendo seu desenvolvimento ligado à garantia do devido processo legal. Em um primeiro momento, possuía um caráter puramente processual, abrigando garantias voltadas inicialmente ao processual penal e que incluíam os direitos a ampla defesa e contraditório. Em um segundo momento, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo, por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados “controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador”, tornando-se importante instrumento de defesa de direitos fundamentais em face do poder político. O fundamento para tal controle assentava-se na “verificação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins”, servindo, na prática, como um princípio constitucional que servia como parâmetro para o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2011, p. 278).

Por sua vez, a proporcionalidade teve a sua origem no Direito alemão e desenvolvida no âmbito do Direito administrativo como corolário do Estado de Direito. Funciona como

uma limitação à discricionariedade administrativa. Subjacente à proporcionalidade, estava a ideia de uma relação racional entre os meios e os fins, tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa” (BARROSO, 2011, p. 279).

Apesar da incontestada distinção em Direito comparado, é forçoso reconhecer que os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade abrigam os mesmos valores subjacentes de racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição a atos arbitrários. Essa é a própria linha interpretativa do Supremo Tribunal Federal, em que pese relevantes posicionamentos doutrinários em sentido oposto¹⁰⁸. Seguindo a compreensão desses dois postulados como um verdadeiro binômio, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade é compreendido por parte da doutrina e pela jurisprudência como produto da conjugação de ideias cujos conceitos são “próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção” (BARROSO, 2011, p. 280).

O que se extrai de maior proveito prático desse postulado normativo, ao nosso sentir, é o “teste de proporcionalidade”, tema presente em diversas pesquisas sobre o tema. Para além da aplicabilidade desses postulados no controle de constitucionalidade e até mesmo na limitação à reserva legal conferida ao Poder Legislativo, os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade podem e devem ser aplicados a casos práticos levados à análise dos Tribunais de Contas. Lembra-se que as sanções passíveis de aplicação pelo Tribunal de Contas envolvem direitos fundamentais, tais como os direitos políticos e o direito a propriedade, motivo pelo qual as penalidades cominadas abstratamente em lei e aquelas impostas concretamente pelo controle externo devem passar pelo crivo do teste da proporcionalidade.

A doutrina e a jurisprudência indicam um teste sucessivo e tríplice – caso se ultrapasse o primeiro teste, chega-se ao segundo, e, depois, ao terceiro – como sendo o conteúdo do princípio da proporcionalidade. Cada um desses testes corresponderia a um dos seus elementos. Vejamos.

Em primeiro plano, observa-se a *adequação* dos meios empregados ao fim que a medida busca atingir. Dessa forma, a restrição imposta pelo Estado deve ser apropriada, ou seja, ter nexos de pertinência com a realização dos objetivos sociais e de interesse público que

¹⁰⁸ Humberto Ávila é um forte defensor da distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Em que pese reconhecer que o Supremo aplica a proporcionalidade de maneira polissêmica, inclusive como sinônimo de razoabilidade, o autor apresenta uma clara distinção de identidade entre os dois postulados normativos. Ele (1999, p. 152) entende que razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, sendo este um atributo, na verdade, do postulado da proporcionalidade.

fundamentam a edição do ato. Deve-se questionar se a finalidade de interesse público é atingível por aquela medida (ARAGÃO, 2012, p. 64).

Em segundo plano, temos o elemento da necessidade, segundo o qual o Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva de direitos (ARAGÃO, 2012, p. 64). Em outras palavras, a necessidade impõe que, “dentre os meios similarmente adequados para fomentar determinado fim, seja utilizado o menos invasivo possível” (NOVELINO, 2017, p. 303).

Em terceiro e último plano, temos o teste da proporcionalidade em sentido estrito. A restrição imposta deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, deve haver um sopesamento acerca do ônus que a medida causa, ainda que ela seja a menos restritiva de direitos (ARAGÃO, 2012, p. 65). Consiste em uma ponderação de interesses para analisar o grau de intensidade da intervenção de uma medida restritiva de direito fundamental.

A razoabilidade e a proporcionalidade, como postulados normativos que são, possuem um extenso feixe de possibilidade de aplicação. O teste acima exposto pode servir tanto como parâmetro para análise mais abrangente acerca da constitucionalidade de uma lei, como também um limitador ao poder discricionário da Administração Pública e das sanções passíveis de aplicação. O direito sancionatório, ainda que observe a estrita legalidade, abrange necessariamente um espectro de discricionariedade no momento de sua aplicação, especialmente no que tange à avaliação de gradação de suas penas.

Utilizando como referência o Direito penal, em teoria da pena, compreende-se que o processo de aplicação de sanções penais deve observar a discricionariedade juridicamente vinculada, por “meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei” (NUCCI, 2014, p. 129). A discricionariedade judicial – e a mesma *ratio* se aplica às decisões dos Tribunais de Contas – vincula-se à fundamentação da decisão condenatória; logo, há uma certa e inerente liberdade para o sancionador, embora restrita à motivação jurídica, calcada em lei.

A partir da compreensão de que proporcionalidade e razoabilidade são verdadeiros postulados normativos que ditam o modo de aplicação de outras normas e tendo como base concreta o teste de proporcionalidade acima explicitado, algumas conclusões relevantes podemos transportar para o universo da controladoria externa.

2.4.3 O Tribunal de Contas razoável, propositivo e dialógico

Impõe-se o postulado da proporcionalidade nas sanções passíveis de aplicação pelos Tribunais de Contas, seja na tipificação das condutas ilícitas por leis e regulamentos, seja no momento do sancionamento pela autoridade pública.

Na cominação das penas, de fato, o legislador ordinário goza de relativa liberdade para verificação do interesse público do que deve ser considerado lícito, ilícito e sanções passíveis de aplicação. Há um inegável campo de discricionariedade legislativa que permite ao Estado a conformação do Direito administrativo sancionatório. Sem embargo, o teste da proporcionalidade, por força constitucional, implica necessária moderação das penas estatais e dos elementos da sanção administrativa. A construção dos tipos sancionadores deve levar em consideração os interesses sociais que se busca proteger e a restrição ao direito fundamental do agressor, proibindo-se, assim intervenções desnecessárias e excessivas (OSÓRIO, 2019, p. 199).

É de se verificar, por exemplo, a proporcionalidade no caso de multas aplicáveis no caso de descumprimento de decisão do Tribunal, prevista no art. 58, §1º da Lei Orgânica do TCU e replicada nas Leis Orgânicas estaduais. Não há dúvida de que é necessária a previsão de uma sanção em caso de descumprimento de determinação do Tribunal, de forma a dar real efetividade às suas determinações. No entanto, a intervenção sancionatória deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não impondo gravame ao agente em excesso, até para que o cumprimento da sanção seja dele exigível. Como exemplo de inexigibilidade de sanção prevista em lei, temos, no Rio de Janeiro, o art. 63 da Lei complementar estadual nº 63/1990, que prevê a aplicação de sanção no valor de até 100 vezes o maior piso estadual. Com base nesse dispositivo, é possível encontrarmos decisões que, apenas pelo fato de o agente público deixar de remeter documentos no prazo assinado, os Tribunais de Contas aplicam sanções aos prefeitos as quais equivalem a meses dos seus subsídios. Considerando o valor médio dos subsídios dos servidores fluminenses¹⁰⁹, em especial dos mais interioranos, assistimos a uma clara desproporção na cominação da sanção que permite excessiva liberalidade na aplicação do *quantum* de pena a ser aplicado pelo Tribunal.

¹⁰⁹ O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro aplicou sanção ao Prefeito de Paraíba do Sul equivalente a nove meses do seu subsídio por “deixar de dar cumprimento a determinação do Tribunal”. No caso, o recém-eleito prefeito deixou de enviar documentos referentes à gestão do prefeito anterior, informações estas que sequer foram deixadas pela antiga gestão. Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, processo nº 207.593/2017, Conselheiro Rodrigo Nascimento, julgamento em 22.02.2018.

Por outro ângulo, haverá também a incidência da proporcionalidade atenuando o rigor das sanções, notadamente no campo de sua obrigação de imposição. A concretização da resposta estatal através do crivo da proporcionalidade, desde as origens no próprio Direito penal, ganhou notoriedade para fins de estancar sancionamentos demasiadamente severos ou rígidos, com ofensa aos direitos humanos (OSÓRIO, 2019, p. 215).

À primeira vista, pode até parecer um exagero relacionar as sanções passíveis de aplicação pelos Tribunais de Contas com ofensas aos direitos humanos, mas é imperioso rememorarmos que o reconhecimento de uma irregularidade administrativa por parte do Tribunal de Contas e a aplicação de uma sanção administrativa de maneira automática e irracional podem ensejar diversas possibilidades para além do universo da controladoria externa. À guisa de exemplo, o julgamento de irregularidade de contas pode substanciar eventual inelegibilidade do agente, violando direito humano básico que é o exercício de direito político; a ilegalidade do ato pode implicar a declaração de inidoneidade da empresa, impossibilitando o exercício do livre comércio e o *shamming* no setor empresarial que atua; cautelarmente, a indisponibilidade de bens de um agente influencia sobremaneira no seu dia a dia e na capacidade financeira de adquirir itens básicos à sua dignidade humana; imagine um indivíduo que tenha se dedicado a vida toda à causa pública e se encontre demitido e impossibilitado de exercer o seu direito ao trabalho; em última *ratio*, é possível que sirva como fundamento para ação criminal, o que pode implicar sanções bem graves e restritivas de direitos fundamentais.

O exposto não significa dizer que severas sanções administrativas não devam ser aplicadas aos maus gestores. O que se propõe é mais do que a parcimônia na imposição de sanção, mas verdadeiramente o juízo de proporcionalidade no *quantum* indenizatório que se aplica. A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, demanda processos decisórios repletos de ponderações e raciocínios fundamentados, apesar do fato de que o excesso e a desnecessidade nem sempre resultam claramente definidos em leis e nas constituições. Dessa forma, por meio dos testes da necessidade, a autoridade administrativa tem o dever de, através de uma transparente argumentação jurídica, aplicar a sanção de modo racional, coerente e com recurso às regras e demais princípios insculpidos no ordenamento jurídico (OSÓRIO, 2019, p. 216).

É nesse ínterim que a proporcionalidade serve como orientação notável na aplicação de sanções, inclusive na proposição de medidas pedagógicas, propositivas e dialógicas que visem à disciplina.

Um instituto hoje já disponível no âmbito dos Tribunais de Contas que caracteriza o atuar pedagógico do controle externo é o procedimento de consulta. Por todo o Sistema Nacional, apontamos como fundamento legal o inciso XVII da Lei Orgânica do TCU, o qual dispõe que compete ao órgão no exercício da controladoria “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno”.

Os órgãos jurisdicionados obrigatoriamente devem possuir assessoria jurídica estruturada, atividades nas quais podemos incluir as procuradorias jurídicas e o controle interno. Sem embargo, de forma a dar mais segurança jurídica ao atuar da Administração Pública e dada a especificidade da ação ou da complexidade da matéria, por vezes, é possível solicitar a prévia interpretação da norma legal em tese ao órgão de controle externo.

Destaca-se a expressão “em tese” porque o procedimento de consulta instaurado pelo jurisdicionado não pode envolver caso concreto. Esse relevante instrumento dialógico deve envolver caso abstrato, questionando-se a matéria e interpretação normativa em tese. Até por isso que diz a doutrina que “a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto” (LIMA, 2017, p. 118). Para além de envolver a norma em tese, a decisão do processo de consulta possui efeito de norma em tese, conferida de caráter vinculante no âmbito de sua jurisdição. Desta forma, “o caráter normativo da resposta à consulta significa que, no caso concreto, o gestor não poderá dar interpretação diversa ao que foi estabelecido. Nesse sentido, a resposta é vinculante” (LIMA, 2017, p. 119).

Em termos de segurança jurídica, o procedimento de consulta é um instrumento superavanzado. Nada melhor para o jurisdicionado que ter previamente a interpretação do órgão de controle externo. O caráter preventivo e a natureza de precedente normativo da decisão conferem eficiência aos gestores públicos que, certamente, preferem ser orientados a serem reprimidos pela Instituição Superior de Controle.

Até em virtude dos benefícios do procedimento de consulta é que nos causa estranheza a sua pouca utilização e divulgação pelos órgãos de controle

O Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, por exemplo, possui um cenário bastante peculiar. Em que pese o procedimento da consulta restar previsto em sua Lei Orgânica desde a sua redação original em 1990, o portal institucional do órgão confere real transparência apenas às consultas realizadas nos anos 2018 e 2019¹¹⁰, desprezando todo um eventual

¹¹⁰ Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/cadastro-publicacoes/public/consultas>. Acesso em: 20 out. 2019.

histórico de precedentes normativos já expedidos. Veja que, em anos anteriores, até houve o julgamento de procedimentos de consulta, mas, infelizmente, não é possível acessá-las de maneira simples através do sítio eletrônico do órgão. Nesse cenário, se a consulta não é acessível aos jurisdicionados, perde-se o seu real caráter orientador e se despreza a segurança jurídica caracterizada pelo efeito normativo da decisão final.

O processo de consulta, ao nosso sentir, deveria ser mais bem explorado pelos jurisdicionados e pelo órgão de controle. O caráter orientador é extremamente proveitoso na disciplina da Administração Pública.

No âmbito da gestão pública dialógica, propõe-se a maior utilização dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs).

A teoria do diálogo institucional vem sendo muito trabalhada para a relação das instituições com o Poder Judiciário, em uma tentativa plenamente justificável de atenuar o caráter impositivo e imperativo das decisões judiciais. Apesar de a sua construção teórica se voltar ao debate da juscentralidade, as suas premissas teóricas podem ser expandidas às demais relações institucionais, como, *in casu*, a Administração Pública e as Instituições Superiores de Controle. É nesse sentido que a Conselheira Marianna Willeman (2017, p. 294) ensina que as teorias do diálogo

Consideram que o arranjo institucional dos poderes estatais não corrobora uma atuação isolada ou unilateral, destacando-se a existência de mecanismos de reação e de resposta por meio dos quais as diversas instâncias agregam, cada uma com sua própria capacidade institucional, contribuições recíprocas para a construção de uma decisão pública. Reconhecem, portanto, o exponencial ganho que o diálogo pode trazer para a prática decisória dos poderes [...].

A Conselheira do TCE/RJ volta os seus escritos acerca da teoria dialógica para o controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Alinhamo-nos à sua posição, especialmente ao afirmar que a “aplicação da concepção dialógica no terreno do controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas minimiza o seu potencial invasivo na esfera discricionária do Estado-Administração e proporciona o amadurecimento e a evolução das decisões na matéria” (WILLEMAN, 2017, p. 295). No entanto, vamos além, uma vez que não é apenas na implementação de políticas públicas que temos escolhas administrativas abarcadas pela discricionariedade de um agente político legitimamente eleito justamente para exercer tais escolhas. Nesse cenário, a interseção dialógica entre ISCs e Administração Pública deve se espalhar para além do controle de políticas públicas.

É forçoso reconhecer que a linguagem burocrática tradicional e o isolacionismo das instituições não mais favorecem o controle da Administração Pública. De fato, a tutela de direitos fundamentais pressupõe muitas vezes que sejam levadas em conta variáveis diversas, que podem ser mais bem examinadas em um processo multilateral com ênfase na conciliação.

É nesse cenário que surge a figura do Termo de Ajuste de Gestão, um instrumento alternativo de controle baseado na consensualidade em vez da imperatividade. Nessa toada, Luciano Ferraz, uma das primeiras autoridades a tratar do tema, concebe a razão do TAGs em um cenário de “produção de instrumentos consensuais de controle, com o objetivo deliberado de substituir parcialmente o controle-sanção pelo controle-consenso; o controle-repressão pelo controle-impulso” (FERRAZ, 2014a, p. 19).

O TAG consiste em mecanismo de controle consensual e dialógico a ser celebrado entre o Tribunal de Contas e a entidade fiscalizada, por meio do qual o jurisdicionado assume obrigações de adequação de seu comportamento, mediante o estabelecimento de metas e prazos para sua concretização (WILLEMANN, 2017, p. 297). Inspirado no Termo de Ajustamento de Conduta – outro instrumento consensual e dialógico entre instituições públicas, só que direcionado ao microsistema da tutela de direitos coletivos – a edição de um TAG busca a construção de uma solução compartilhada entre controlador e controlado.

Destacamos aqui a importância da verdadeira compreensão desse instituto dialógico que é muito bem pontuado por Marianna Willeman que explicita que

ao envolver-se na construção da solução compartilhada – e o instrumento só faz sentido se assim for considerado –, o gestor público reconhece as falhas ou inconsistências apontadas pelo órgão de controle, circunstância que enfraquece o ônus argumentativo no eventual descumprimento das obrigações assumidas (WILLEMANN, 2017, p. 298).

Apesar da valorosa contribuição da doutrina, o instituto ainda engatinha no ordenamento jurídico brasileiro. O Estado de Minas Gerais foi pioneiro na construção normativa desse instituto, alterando a Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Minas Gerais para incluir expressamente o instituto do Termo de Ajustamento de Gestão justamente no capítulo voltado às sanções passíveis de aplicação pela Corte, já enunciando uma direção ao controle-consenso em detrimento à exclusividade do controle-sanção.

Sem embargo da evidente importância em se conformar legalmente os contornos jurídicos desse instrumento, somos da opinião de que, por mera resolução, o órgão do Sistema Nacional de Tribunais de Contas pode regulamentar a matéria. O ordenamento jurídico vigente já comporta tranquilamente a consensualidade na Administração Pública, especialmente o art. 26 da LINDB e o art. 32 da Lei de Mediação e Arbitragem. Ademais, o

postulado da proporcionalidade tão enunciado neste trabalho serve como o grande fundamento normativo para adoção da postura dialógica da Administração Pública, em detrimento à exclusividade do controle-sanção, sendo o teste da proporcionalidade perfeitamente adequado aos TAGs.

Por todo exposto, o que aqui se propõe é que o controle externo da Administração Pública não se pautе exclusivamente no efeito aflagante de sanções administrativas. Por meio do crivo do postulado constitucional da proporcionalidade, é possível construir tipos sancionatórios mais razoáveis e até mesmo afastar a obrigatoriedade da aplicação de uma sanção coercitiva mantendo o efeito disciplinador da *accountability*, de maneira que instrumentos dialógicos, consensuais e pedagógicos sejam utilizados na orientação e regulação experimentada pelo controle externo.

3 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: REFLEXOS NO FENÔMENO DA CIDADE

As cidades são os espaços públicos onde as pessoas praticam as suas relações sociais e podem ser compreendidas como um fenômeno social: é “nas cidades onde as pessoas se encontram para trocar ideias, comprar e vender, ou simplesmente relaxar e se divertir” (GEHL, 2013, p. XI). A construção da cidade urbana, ao menos no Brasil, começa a surgir nas primeiras décadas do século XX, mas é possível compreender que as cidades, como fatos sociais, são anteriores ao fenômeno de urbanização, já que os laços sociais realizados em um ambiente coletivo são inerentes à vida em sociedade.

No entanto, é a partir da urbanização, que dá ensejo às complexas relações sociais, que surge, na doutrina, a necessidade da sistematização de um direito à cidade. Em obra de referência, Henri Lefebvre (2001, p. 105) afirma que a “reflexão teórica se vê obrigada a redefinir as formas, funções, estruturas da cidade (econômicas, políticas, culturais etc.), bem como as necessidades sociais inerentes à sociedade urbana”. Dessa forma, “a realização da sociedade urbana exige uma planificação orientada para as necessidades sociais, as necessidades da sociedade urbana. Ela necessita de uma ciência da cidade (das relações na vida urbana)” (LEFEBVRE, 2001, p. 138).

Há um inegável valor coletivo na compreensão do que é o direito à cidade. De fato, o “direito à cidade está muito longe da liberdade individual de acesso a recursos urbanos: é o direito de mudar a nós mesmos pela mudança da cidade” (HARVEY, 2008, p. 23). Trata-se de fenômeno complexo e sensível, que une ciências das mais várias especialidades, como Arquitetura, Engenharia, Geografia, Filosofia e Direito. Assim, é “preciso encarar a construção de uma nova cidade, sobre novas bases, numa outra escala, em outras condições, numa outra cidade” (LEFEBVRE, 2001, p. 106).

Jan Gehl, por exemplo, trata da dimensão humana das cidades e a experiência da vida urbana. A cidade é o espaço tradicional de local de encontro e o fórum social para os moradores. Na visão do autor, que tem por base o rápido crescimento urbano, o objetivo chave para o futuro é um maior foco sobre as necessidades das pessoas que utilizam a cidade. Assim, é “preciso reforçar a função social do espaço da cidade como local de encontro que contribui para os objetivos de sustentabilidade social e para uma sociedade democrática e aberta” (GEHL, 2013, p. 6).

Neste cenário, para trazer a dimensão humana às cidades, é preciso o planejamento urbano. O conceito de cidade para as pessoas passa pela governança pública de forte cunho democrático e responsável, com vistas a garantir os direitos fundamentais individuais e sociais dos cidadãos. A governança pública, por sua vez, depende da obtenção dos recursos públicos, implementação de políticas públicas, realização de despesas que visem ao bem social e, precipuamente, da escolha do gestor público que conduzirá o planejamento. Portanto, a realização da sociedade urbana exige uma força social e política capaz de operar os meios disponíveis à construção da cidade (LEFEBVRE, 2001, p. 138).

As forças sociais e políticas apontadas por Lefebvre são realizadas na pessoa do administrador público, aquele que conduz a gestão da coisa pública na cidade. A esse administrador são postas diversas regras normativas que devem orientar e responsabilizar a sua atuação abnegada. Verifica-se, ao longo deste trabalho, o sistema de freios e contrapesos a que se submetem a máquina pública e aqueles que a operam.

Como instrumento de formação de uma cidade humana que vise à sustentabilidade social, temos o exercício da *accountability* pública desenvolvida pelos Tribunais de Contas, que deve orientar as forças políticas e sociais que conduzem a administração das cidades.

No exercício prático dessa *accountability*, compreende-se um conjunto de prerrogativas sancionatórias de forte intervencionismo na gestão pública. Por mais que se proponha que a instituição de controle possua caráter eminentemente técnico, a sua interferência na política da cidade parece ser consequência natural do seu sensível feixe de atribuições.

A análise das consequências políticas na gestão da cidade – para além de aspectos meramente tecnocratas – é justamente o objeto deste capítulo. É imperativo verificar de que forma os Tribunais de Contas, no exercício de sua competência constitucional de controladoria externa, relacionam-se com os gestores públicos e os desafios inerentes à gestão das cidades.

3.1 Políticas orçamentárias em tempo de crise

Ao longo deste trabalho, foi exposta a importância do orçamento público para a realização do planejamento estatal. As leis orçamentárias refletem não apenas o *status* financeiro de um ente federado, mas também toda a projeção e perspectiva daquela determinada gestão pública. Aquele que conhece a lei orçamentária do Estado conhece a sua

realidade: mazelas, deficiências, objetivos e políticas públicas em vias de implementação. É no orçamento público que as receitas são projetadas e as despesas previstas. Há um necessário equilíbrio.

Ocorre que, para que esse equilíbrio seja mantido, é preciso a confirmação da receita projetada antes que a despesa seja realizada. De nada adianta prever, em lei orçamentária, diversos custos (ainda que sociais e relevantes) sem que haja uma séria previsibilidade da receita que fará jus ao dispêndio da despesa orçamentária. Para tanto, na elaboração do orçamento público, é fundamental a participação de especialistas que tenham a capacidade de ler o mercado e os demais fatores externos que influenciam diretamente na entrada de receitas. Repisa-se: de nada adianta um orçamento público aparentemente equilibrado quando, na verdade, utilizam-se projeções de receitas absolutamente fantasiosas.

Quando o gestor público se desconecta das regras e dos princípios básicos que garantem o equilíbrio orçamentário financeiro, ocorre a crise orçamentária. Despesas públicas passam a ser realizadas sem lastro financeiro para tanto, fornecedores passam a suspender a prestação de serviços públicos, o salário dos servidores atrasa e os gestores públicos ficam desacreditados e deslegitimados frente à população. Está instalado o caos orçamentário-financeiro no ente federado.

Veja, por exemplo, a crise do Estado do Rio de Janeiro. Pela leitura das leis orçamentárias, era fácil perceber a absoluta dependência do Estado em relação às verbas oriundas a título de *royalties* do petróleo, o que verdadeiramente sustentava a máquina pública e os investimentos públicos que vinham sendo realizados. Ocorre que os especialistas em regulação de petróleo e gás já previam a queda nessa espécie de receita, mas, de maneira irresponsável, tal previsibilidade não era levada em consideração no momento da elaboração do orçamento público. Soma-se o fato de que, durante o ano de 2014, em meio a uma acirrada disputa eleitoral, o então governador do Estado, que buscava reeleição, editou várias leis cujo objeto era o aumento do salário de diversas carreiras estatais, um aumento de despesa realizado em um cenário de previsível crise e sem qualquer respaldo ou estudo técnico orçamentário. Concluindo, o cenário de previsível caos, utilizando como justificativa a realização de grandes eventos, como Olimpíadas e Copa do Mundo de Futebol Masculino, o Governo do Estado realizou um descontrolado investimento em obras públicas de duvidosa necessidade, cujos custos aumentaram sobremaneira no decorrer da execução do contrato, para ao final os órgãos de controle externo descobrirem diversos casos de corrupção envolvendo vultosas quantias que saíram irregularmente dos cofres públicos.

Instaurado o caos financeiro no Estado do Rio de Janeiro, diversos serviços básicos foram interrompidos, políticas públicas foram extintas e os servidores e aposentados sofreram injustamente com o atraso de salários.

Diante de uma crise financeira, medidas drásticas precisam ser tomadas. O ideal é que medidas de readequação orçamentária sejam adotadas de maneira preventiva. No entanto, nem sempre é isso o que ocorre, seja por despreparo dos agentes públicos, seja pelo conflito normativo que às vezes impede a adoção de medidas mais enérgicas.

A crise orçamentária – e as medidas de readequação – impactam diretamente nas cidades. A cidade é estruturada por uma imbricada e sensível rede de fenômenos sociais a qual é alimentada, entre outras coisas, por elementos previstos expressamente em leis orçamentárias. A redução da capacidade de investimento do ente federado, o desemprego gerado por exonerações de servidores públicos, a diminuição na oferta de vagas na rede pública de ensino, entre outras políticas públicas previstas no orçamento, afetam diretamente o cidadão e, por isso, devem ser adotadas com parcimônia, e são necessariamente objeto do controle externo.

No meio desse conflito, há o Tribunal de Contas no exercício do seu mister de controle orçamentário. A *expertise* do órgão é fundamental tanto para a emissão de alertas que demonstram a possibilidade da crise orçamentária, como também no exercício do controle externo acerca da extensão das medidas que podem ser adotadas em tempos de crise.

3.1.1 Reorganização institucional e restrições financeiras que afetem a cidade

A crise orçamentária é muito sentida pela cidade. O poder estatal serve como o grande operador financeiro do mercado urbano, e a crise fiscal produz efeitos sociais bastante severos. O Estado exerce o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional, servindo como fiador de diversas atividades privadas e públicas, que vão desde dar condições de empregabilidade aos cidadãos até o desenvolvimento de vultosas parcerias público-privadas. A própria decisão de distribuição orçamentária – que detém inafastável natureza política – acaba por dirigir a economia e selecionar os interesses sociais predominantes, determinando o fluxo de despesas que devem ser observadas, incentivando certas atividades e desincentivando outras (DOMENICALI, 2015, p. 119). Tal papel é

exercido, inclusive, com sede constitucional, enunciando o art. 182 da Constituição Federal que o Poder Público deve ditar a política de desenvolvimento urbano.

Ocorre que essa compreensão e responsabilização do papel estatal não se limitam ao Brasil ou a países ainda em desenvolvimento. A bem da verdade, todas as democracias que visam garantir e efetivar direitos sociais acabam por solidificar um Poder Estatal razoavelmente interveniente (ainda que em diferentes níveis), que serve como fiador do planejamento urbano. Desta forma,

nos países capitalistas, a ideia de planejamento urbano surgiu da necessidade premente de atingir objetivos econômicos e sociais. Tornou-se claro que o simples jogo de forças de mercado, com pequena intervenção do Estado, era incapaz de levar aos resultados desejados da sociedade (LAFFER, 1970, p. 12).

Nesse cenário, por evidência, qualquer desequilíbrio no orçamento público e no poder estatal influenciará diretamente a vida nas cidades, pois, diante de uma clara crise fiscal, não há alternativa ao gestor público a não ser reduzir os custos estatais e reorganizar as instituições públicas, o que gera inegável retrocesso social.

Muito se discute, na doutrina mais moderna, o princípio da proibição do retrocesso, norma jurídica que impõe que o núcleo essencial dos direitos sociais já efetivado através de medidas legislativas deve ser considerado constitucionalmente garantido, sendo inconstitucional qualquer medida legislativa que os anulem ou aniquilem (CANOTILHO, 1999, p. 347). Dessa forma, garantido o direito social através de política pública em vigência que confira gradual eficácia ao direito social, o gestor público está desautorizado a retroceder e extinguir o programa social sem que apresente uma alternativa que garanta a mesma medida de eficácia do direito social, objeto da política estatal.

O princípio da vedação ao retrocesso também possui aplicação prática nas leis orçamentárias. Conforme essa doutrina, não se pode aceitar com naturalidade que determinada lei orçamentária não preveja dotação adequada ao implemento de direitos fundamentais já concretizados, sob pena de se configurar o retrocesso social, especialmente quando há previsão orçamentária para a concretização de direitos não essenciais (TAVEIRA; MARÇAL, 2018, p. 119).

Nesse cenário, veja, por exemplo, o Programa Aluguel Social, política pública que consiste no pagamento de um aluguel social para famílias residentes no Estado do Rio de Janeiro que tiveram suas casas atingidas por tragédias da natureza, assim como aquelas que precisam ser desalojadas por morarem em áreas consideradas de risco. Regulamentado pelo Decreto nº 44.052, de 30 de janeiro de 2013, o Programa Aluguel Social é um caso claro de

política pública que garante direitos fundamentais, tais como o direito a vida e à moradia digna.

Apesar da absoluta importância e necessidade do aluguel social, no ano de 2016, o governador do Estado do Rio de Janeiro editou decreto extinguindo o programa social, sem apresentar qualquer medida alternativa reparadora. Seguindo as diretrizes postas pelo princípio da proibição do retrocesso, a medida adotada pelo governador seria inconstitucional, uma vez que retrocede em direito social já garantido e efetivado ao cidadão.

Ocorre que o reconhecimento apriorístico da inconstitucionalidade dessa medida não parece ser a melhor técnica. De fato, no aspecto puramente jurídico, há um inegável retrocesso social que deve ser vedado por força do princípio jurídico em questão. No entanto, ao lado do espectro jurídico, há um cenário fático que deve ser levado em consideração: no ano de 2016, o Rio de Janeiro encontrava-se em uma de suas piores crises fiscais. Tanto é que a extinção desse programa não foi medida isolada, mas sim fruto de uma série de medidas que visavam à redução do gasto público em época de crise¹¹¹.

A área cinzenta entre o cenário jurídico e o cenário fático é justamente o ponto de tensão das políticas orçamentárias em tempos de crise.

Veja que a doutrina que defende a normatividade do princípio da proibição do retrocesso reconhece a necessidade de uma avaliação fática na aplicação da norma, reconhecendo que a proteção depende da ponderação das circunstâncias concretas e da análise da diversidade entre realidade fática e dimensão normativa, ainda que insista no valor do princípio em limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos (TAVEIRA; MARÇAL, 2018, p. 116).

Nesse cenário, muito se fala na exigência de um ônus argumentativo e no “teste da proporcionalidade” ao estabelecer prioridade como formas de conciliar o recesso econômico e a proibição do retrocesso.

Nesse sentido, afirma-se que

a lei orçamentária deve respeito ao princípio da proibição do retrocesso, não podendo prever dotação orçamentária reduzida para implementação de um direito fundamental, quando houver verba disponível para implementação de modo crescente, sob pena de inverter a ordem de prioridade constitucional (TAVEIRA; MARÇAL, 2018, p. 124).

Ademais,

no caso de necessária redução da dotação orçamentária destinada à concretização de um direito fundamental, esta deverá obedecer ao teste da proporcionalidade, bem como se deve ter como norte o princípio da eficiência quando da fixação como no momento do dispêndio efetivo das verbas públicas, pois, caso exista política pública

¹¹¹ Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/governo-do-rj-apresenta-pacote-de-medidas-para-combater-crise.html>. Acesso em: 4 fev. 2020.

igualmente eficiente para efetivação de um direito, mas com um dispêndio de menor quantia, esta deverá ser a eleita, não configurando hipótese de proibição do retrocesso em matéria orçamentária (TAVEIRA; MARÇAL, 2018, p. 124).

No entanto, a par do inegável avanço na compreensão do princípio da proibição do retrocesso, esbarramos nas seguintes barreiras: qual será o órgão responsável por avaliar se o gestor público se desincumbiu do ônus argumentativo e qual será o órgão que vai avaliar se houve uma inversão de prioridade.

Claro que há casos de evidentes desrespeitos ao princípio da proibição do retrocesso, nos quais o gestor público se utiliza de falsas afirmações no seu ônus argumentativo e/ou redução de dotações orçamentárias que visam concretizar direitos sociais ao mesmo tempo em que aumenta os gastos com publicidade em sua gestão.

No entanto, como já exposto, a interseção entre o jurídico e o fático é extremamente sensível, e o gestor público se depara com *hard cases* diuturnamente na gestão da coisa pública. Ao nosso sentir, há uma inafastável posição de preferência do Poder Executivo na alocação dos recursos em lei orçamentária, inclusive quando a medida importar em retrocesso social. Repisa-se a doutrina italiana previamente citada, que reconhece a natureza eminentemente política do ato de distribuição e alocação de recursos públicos. A par de valorosos recursos teórico-jurídicos que podem e devem limitar a Administração Pública, os gestores públicos são eleitos de forma democrática justamente para serem responsabilizados e exercerem a decisão política de alocação de verbas para esse ou aquele programa social, sobremaneira quando diante de um cenário atípico de crise fiscal.

Veja que, especificamente neste caso, encontrou-se uma solução muito mais democrática que foge propriamente de um debate jurídico. No caso concreto, o Poder Legislativo deliberou e sustou os efeitos do decreto do governador que extinguiu o Programa Aluguel Social. Como contrapartida, de forma a fazer frente à despesa pública de manutenção do aluguel social, o Poder Legislativo aprovou projeto de lei que desvinculou parte dos recursos do Fundo de Habitação de Especial Interesse Social, de forma a (tentar) manter o fluxo financeiro do Estado.

A solução ao *hard case* foi resolvida precipuamente no âmbito político, por meio do debate e do acordo de representantes legitimamente eleitos justamente para a tomada de decisões dessa espécie. Claro que fundamentos jurídicos – como a normatividade do princípio da proibição ao retrocesso – exercem inegável valor na limitação de arbítrios. No entanto, especialmente em tempos de crise orçamentárias, escolhas públicas devem ser tomadas por

aqueles democrática e constitucionalmente apontados para tanto, sendo insuficientes, muitas das vezes, teorizações construídas por nós operadores do Direito.

Pois bem. Realizada a alocação orçamentária, é preciso que o orçamento público seja concretamente executado.

A Lei de Responsabilidade Fiscal traz um interessante – e polêmico – instrumento de planejamento aplicável aos casos de crise fiscal: o contingenciamento.

Conforme já exposto, a doutrina especializada debate a natureza do orçamento público, se meramente autorizativo, ou se há o caráter impositivo. A par do debate já trazido à baila, é forçoso reconhecer que há um inegável espaço para o exercício da discricionariedade no momento da execução orçamentária. Nesse perímetro de discricionariedade, existe a figura do contingenciamento de despesas, que consiste no adiamento ou não da execução de parte de rubrica orçamentária já prevista na Lei Orçamentária Anual. A motivação primeva do contingenciamento é justamente a ausência de recursos financeiros para a realização da despesa.

Mesmo os autores que advogam pelo natural caminho da impositividade do orçamento público reconhecem o caráter eminentemente discricionário inerente à possibilidade do contingenciamento público. Por exemplo, Marcus Abraham (2015, p. 301) afirma que é

inegável afirmar que há efetivamente uma parcela do orçamento público que pode não ser executada, sofrendo contingenciamentos a critério do Poder Executivo, especialmente diante do descumprimento de metas fiscais, de eventual desequilíbrio orçamentário por força de uma menor arrecadação, ou devido a uma alteração de prioridades nos investimentos ou no planejamento, cabendo ao administrador público esta avaliação.

Trata-se, portanto, de um instrumento de planejamento orçamentário voltado justamente para épocas de crises econômicas, quando as receitas públicas previstas não são realizadas, motivo pelo qual seria absolutamente imprudente executar a despesa sem que houvesse lastro para tanto.

Foi relatado anteriormente que se trata de instrumento polêmico especialmente por dois aspectos que precisam ser levados em consideração quando da elaboração do decreto de contingenciamento.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que há despesas de cunho obrigatório, o que, por um conflito externo de normas, restringe a possibilidade de contingenciamento. Esse instrumento acaba sendo vocacionado a despesas não obrigatórias, como aquelas de investimentos e custeio em geral. Por exemplo, os pisos de investimento em saúde e educação são sacralizados pela Constituição Federal e, por consequência, pelo Sistema Nacional de

Contas, motivo pelo qual, aprioristicamente, não seria possível o contingenciamento de verbas dessa natureza ou, ao menos, de difícil justificativa.

No entanto, ousamos levantar o segundo ponto de debate, que diz respeito justamente à motivação do contingenciamento público.

Veja que Marcus Abraham sustenta que o contingenciamento pode ser utilizado inclusive nos casos de “alteração de prioridades nos investimentos ou no planejamento”. Ocorre que essa não é uma posição pacífica, em especial porque a doutrina administrativa vem cada vez mais buscando reduzir o âmbito de discricionariedade do gestor público. No sentido de restrição do Poder Executivo na realocação de verbas orçamentárias, há o destaque para que

em um Estado que se qualifique ‘Democrático de Direito’, não se deve conceber com naturalidade a possibilidade de o Executivo ignorar todo o processo legislativo ao qual foi submetida a lei orçamentária, permitindo que este possa não cumprir as suas disposições sem nenhum ônus argumentativo. [...] não se revelando como aceitável que o orçamento seja modificado por ato infralegal e, por consequência, não se deve admitir o seu descumprimento por inércia imotivada, que, mormente, é realizada por meio do contingenciamento de verbas (TAVEIRA; MARCAL, 2018, p. 121).

Ora, a exigência de motivação é sempre válida, uma vez que decorre do princípio constitucional da transparência e da boa administração pública. No entanto, incidimos no recorrente questionamento: quem irá avaliar a motivação exposta pelo gestor público?

O fato é que a Constituição Federal resguarda o âmbito de discricionariedade do Executivo na execução de grande parte do orçamento público (ressalvas, claro, às despesas de caráter obrigatório). Por sua vez, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que poderia justamente reduzir o espaço de discricionariedade conferida ao gestor público, como espera parte da doutrina, ainda permanece intacta e conferindo ao administrador público amplo espaço na avaliação interna acerca da pertinência ou não no exercício do contingenciamento de despesas.

O que não se pode permitir, ainda que defendido fervorosamente o caráter discricionário, é a utilização de falsos argumentos na motivação do contingenciamento de verbas públicas. Importante destacar esse ponto, pois, no exercício fiscal da Lei Orçamentária federal do ano de 2019, foi justamente o ocorrido.

Logo no início do ano, o recém-nomeado Ministro da Educação fez fortes comentários às universidades federais. Sem qualquer base fática, o gestor público afirmou que

determinados institutos federais de educação estariam promovendo “balbúrdia”, em vez de procurar melhorar o desempenho acadêmico¹¹².

Como era de se esperar, as instituições federais e profissionais do ramo reagiram e saíram em defesa do ensino público universitário.

Nesse cenário conflituoso, sem qualquer respaldo técnico, o Ministro da Educação declarou o contingenciamento nas verbas de custeio e investimento das universidades federais em um cenário de duvidosa clareza institucional.

O início da polêmica ocorreu com o controverso anúncio do Ministro da Educação afirmando que iria “cortar” recursos das universidades federais que não apresentassem o desempenho acadêmico esperado e, ao mesmo tempo, estivessem promovendo balburdia em seu *campus*. Sem detalhar quais seriam esses critérios técnicos, informou que a Universidade Federal da Bahia, a Universidade Federal Fluminense e a Universidade de Brasília já teriam sido enquadradas no caso e, por isso, sofreriam redução nos repasses de verbas¹¹³. Ocorre que tal “corte” foi muito criticado na imprensa por especialistas na área de educação, especialmente porque o anúncio teve ares de revide, uma vez que tais universidades já vinham tecendo severas críticas à gestão pública federal.

No confuso debate político-ideológico que se instaurou, o Ministério da Educação decidiu ir mais longe: afirmou que não se trataria de um corte de verbas, mas sim de um contingenciamento decorrente de uma crise financeira da União, e decidiu por estender o tal contingenciamento a todas as universidades federais, afirmando que o novo foco do Ministério agora seriam as políticas públicas voltadas à educação básica¹¹⁴. Assim foi editado o Decreto 9.741/2019, que contingenciou 30% do orçamento geral dos institutos e universidades federais.

Veja que os dois fundamentos jurídicos utilizados como justifica ao contingenciamento de verbas públicas estão absolutamente alinhados às compreensões doutrinárias acerca do tema. A crise orçamentária anunciada pelo Ministério é de fato o principal fundamento para a contingência de despesas públicas. Por sua vez, a mudança na prioridade de políticas públicas em vigor também justifica o contingenciamento de verbas

¹¹² Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/universidades-com-balburdia-terao-verbas-reduzidas-diz-weintraub/>. Acesso em 10.02.2020.

¹¹³ Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,mec-cortara-verba-de-universidade-por-balburdia-e-ja-mira-unb-uff-e-ufba,70002809579>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹¹⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/07/nao-ha-corte-ha-contingenciamento-diz-ministro-da-educacao-sobre-orcamento-das-universidades-federais.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2020.

relativas a determinado programa governamental que não seja mais tão prioritário aos olhos do Poder Executivo.

No entanto, o problema verificado no contingenciamento realizado em 2019 nas universidades federais não diz respeito à justificativa utilizada para tanto, mas sim à veracidade dos argumentos suscitados pela Administração Pública.

Aprioristicamente, não havia qualquer crise financeira que justificasse a reserva de recursos orçamentários, tanto é que se desconhece a edição de outros atos de contingenciamento sob tal justificativa. Claro que a execução paulatina do orçamento público deve ser realizada com a devida parcimônia e esta, de fato, é da praxe da gestão pública. No entanto, a determinação por um plano de contingenciamento sem qualquer justificativa técnica para tanto constitui vício de legalidade, ainda mais pela inadequação do motivo suscitado e da realidade dos fatos.

Ademais, ao que tudo indica, a finalidade do contingenciamento foi verdadeiramente travestida para dar ares de legalidade. A decisão pela restrição orçamentária surgiu como claro revide às críticas que setores acadêmicos realizavam em relação à condução da política pública nacional.

Por fim, o anúncio na alteração de prioridade também não veio acompanhada de qualquer justificativa técnica e, muito menos, um firme programa governamental foi apresentado com vistas a implementar melhores condições às políticas públicas voltadas à educação básica. Destaca-se que o orçamento público possui natureza de Lei e, quando da sua elaboração e aprovação, o Poder Legislativo também participa na escolha de prioridades governamentais ao distribuir as alocações orçamentárias. Por isso, qualquer alteração em tais prioridades exige um ônus argumentativo devidamente subsidiado em critérios técnicos, ainda que a decisão possua cunho eminentemente político.

Veja que o caso concreto foge muito ao aspecto da discricionariedade. Ao nosso sentir, o gestor público detém a discricionariedade na alteração das prioridades (como seria a primazia pelo investimento na educação básica), no entanto, em um cenário como tal de claro revide e perseguição, o que se verifica é a utilização de falsos argumentos com fins claramente persecutórios. Salta aos olhos que a motivação utilizada não condiz com a realidade e foi utilizada apenas para dar aparência de legalidade ao exercício discricionário do contingenciamento de despesas.

Foi nesse sentido o entendimento de diversas instituições¹¹⁵ que, inclusive, foram ao Supremo Tribunal Federal¹¹⁶ em busca do reconhecimento da inconstitucionalidade do contingenciamento de verbas imposto pelo Ministro da Educação, justamente por violar regramentos legais e constitucionais de um instrumento jurídico tão relevante e tão caro aos momentos em que verdadeiramente o Estado encontra-se em crise orçamentária.

O Tribunal de Contas da União não pode se quedar inerte diante da repercussão gerada pelo Decreto 9.741/2019. A fiscalização orçamentária e financeira, exercida *pari passu* com o Congresso Nacional, certamente deve envolver a gestão de crise como é da natureza do ato de contingenciamento de verbas públicas. No entanto, desconhece-se qualquer inspeção extraordinária ou qualquer questionamento formalizado ao Ministério para que comprovasse tecnicamente os subsídios utilizados como fundamento na adoção de medida. Portanto, resta aguardar a análise *a posteriore* na prestação de contas anual a ser exercida pela Corte de Contas.

Pois bem. É possível perceber que a lei e a doutrina dispõem de instrumentos voltados ao equilíbrio orçamentário mesmo em momento de crises, as quais invariavelmente impactarão na vida dos cidadãos. No entanto, há momentos em que a edição de medidas corretivas na alocação e na execução dos recursos orçamentários não é suficiente para garantir o desenvolvimento socioeconômico equilibrado. Por vezes, uma verdadeira reorganização institucional na Administração Pública é necessária. Ao que parece, chegou o momento do Estado brasileiro.

3.1.2 Novas propostas orçamentárias em tempo de crise: primeiras considerações acerca da reforma administrativa

Já há alguns anos, fala-se, no Estado brasileiro, da necessidade de uma reforma administrativa. A administração em geral passa por uma evolução de gestão, e o poder público não pode ficar parado na esteira das evoluções tecnológicas.

¹¹⁵ Por todos, consulta-se o lapidar parecer da Dra. Vânia Aieta, elaborado e aprovado no Instituto dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/pareceres/pareceres-votados/parecer-na-indicacao-045-2019-estudo-da-constitucionalidade-universidades-autonomia-orcamento>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹¹⁶ No âmbito do Supremo Tribunal Federal foram ajuizadas as seguintes ações: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 595, 583 e 582 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6127. Todas de relatoria do Ministro. Celso de Mello.

No ano de 1998, foi editada a Emenda Constitucional nº 19, cujo objeto era modificar o regime administrativo e dispor sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores públicos e agentes políticos. Em linhas gerais, foi deveras salutar a reforma administrativa realizada que buscou se adequar a um mundo mais globalizado, “com a preocupação de expurgar do texto limitações que seriam inadequadas para agilizar a máquina do Estado e melhorar a qualidade dos serviços prestados” (MENEZES DIREITO, 1999, p. 43). Muito se fala da inclusão do princípio da eficiência no rol de princípios administrativos expressos, mas a reforma vai além. Protagonizada por um governo de centro-direita, no caso o então presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB), a reforma administrativa possuía a proposta de modernização da gestão pública com uma visão mais adequada ao mercado privado e ao liberalismo econômico. A par de inevitáveis críticas quando da elaboração de uma profunda reorganização administrativa, como foi o caso, julga-se positivo o saldo da Emenda Constitucional nº 19. Por todos, expõe-se a conclusão do saudoso ministro Carlos Menezes Direito:

Na minha compreensão, a reforma pode não ter sido ideal, mas, sem sombra de dúvidas, ela representa um grande avanço, talvez o maior, nos últimos tempos, para disciplinar a atividade do Estado, com base na qualidade do serviço prestado e com uma efetiva participação do usuário. É, repito, um avanço em um país acostumado, por longo tempo, a uma burocracia que se satisfaz com as dificuldades a um direito positivo prolixo e impiedoso com os direitos do cidadão. Que a aragem iniciada com o Código de Defesa do Consumidor prossiga com a regulamentação infraconstitucional da reforma administrativa (MENEZES DIREITO, 1999, p. 48).

Alguns caminhos trilhados pela reforma de 1998 foram efetivamente concretizados, mas outros não. A Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo, garantiu efetividade a diversos pontos trazidos pela reforma, como a obrigatoriedade de uma lei ditar regras limitando o gasto com pessoal pelos entes federados. Por outro lado, a regra constitucional que permite a perda do cargo de servidor público por conta de fraco desempenho até os dias de hoje não foi posta em prática.

Coincidentemente (ou não), em 2019, com o retorno dos movimentos do liberalismo econômico na condução da coisa pública, a reforma administrativa volta à pauta da agenda política. Eleito sob discurso político segundo o qual se preza o modelo de gestão privado como o grande norte condutor do desenvolvimento nacional, para além de diversos projetos de privatização e flexibilização de regras de condutas impostas ao setor privado, o Poder Executivo já anunciou que apresentará, ainda no ano de 2020, a sua proposta de reforma da administração pública.

Sobre o tema, algumas breves considerações preliminares merecem destaque com base no cenário político que vem se desenhando.

Um dos pilares da nova reforma administrativa, invariavelmente, será a reestruturação das carreiras públicas. O servidor público, que é o ponta de lança na prestação do serviço público, acaba por ser o responsabilizado por toda honra e vilania na gestão da coisa pública. Uma vez que é verdadeiramente o servidor público que tem o contato direto com o cidadão e também o responsável pelos atos materiais diuturnamente praticados na gestão pública, é inevitável que uma reforma administrativa repense o papel desse agente público.

Quando se afirma que o servidor público é responsabilizado por toda vilania na gestão pública, não estamos cometendo qualquer exagero, infelizmente. Como retrato de como o servidor público é visto em nosso país, citamos as palavras do atual ministro da Economia em discurso proferido em 07 de fevereiro de 2020:

O governo está quebrado. Gasta 90% da receita toda com salário e é obrigado a dar aumento de salário. O funcionalismo teve aumento de 50% acima da inflação, tem estabilidade de emprego, tem aposentadoria generosa, tem tudo, o hospedeiro está morrendo, **o cara virou um parasita**, o dinheiro não chega no povo e ele quer aumento automático, não dá mais. A população não quer isso, 88% da população brasileira são a favor inclusive de demissão de funcionalismo público, de reforma, de tudo para valer. Nos Estados Unidos o cara fica quatro, cinco anos sem dar um reajuste. De repente, quando ele dá um reajuste todo mundo: ‘Oh, muito obrigado, prazer’. Aqui o cara é obrigado a dar, porque o dinheiro está carimbado, e ainda leva xingamento, ovo, não pode andar de avião¹¹⁷ (grifo nosso).

Veja que o ataque do principal ministro do governo é proferido justamente ao defender a realização de uma nova reforma administrativa. A infeliz alcunha de “parasita” dada pelo ministro em referência aos servidores públicos dispensa qualquer comentário que não o repúdio. Assim o já fizeram os congressistas¹¹⁸ e, inclusive, o próprio ministro já apresentou as suas desculpas¹¹⁹.

No entanto, a partir da fala do representante do governo e em consonância com os debates políticos e acadêmicos que estão na pauta do dia, alguns aspectos da reforma administrativa já podemos prever e considerar.

¹¹⁷ Vídeo disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/02/07/paulo-guedes-compara-servidores-publicos-com-parasitas.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹¹⁸ O Presidente da Câmara dos Deputados criticou publicamente a fala do ministro, afirmando que os servidores públicos devem ser tratados com respeito e que o uso de termos pejorativos atrapalha o debate sobre a reforma administrativa. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/290844/rodrigo-maia-critica-fala-de-paulo-guedes-que-comp.htm>. Acesso em: 10 fev.2020.

¹¹⁹ Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/02/10/internas_economia,827143/paulo-guedes-pede-desculpas-por-chamar-servidores-de-parasitas.shtml. Acesso em: 10 fev. 2020.

Em primeiro plano, o apontado excesso com gasto de pessoal é um problema real da Administração Pública¹²⁰. A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe limites que permitem a saúde financeira do ente federado, com equilíbrio da máquina pública e saldo orçamentário apto a investimentos. No entanto, inobstante as graves sanções passíveis de aplicação ao gestor que não se atém ao limite previsto em lei, o fato é que o excessivo gasto com servidores públicos é responsável por vultosa parcela do orçamento, impossibilitando o investimento em novas políticas públicas desenvolvimentistas.

O problema é complexo, e o atual cenário normativo não é capaz de resolvê-lo. De fato, é difícil conciliar a imperiosa necessidade de se manter um quadro de pessoal qualificado e valorizado para a prestação de um serviço digno à sociedade e equalizar esse custo com os limitados recursos financeiros. Destaca-se que ao agente político que desobedece aos limites com gasto de pessoal o Tribunal de Contas aplica a mais grave das sanções: reprovação da prestação de contas anual do chefe do Executivo, o que pode ensejar inclusive a sua inelegibilidade pelos próximos oito anos. No estado do Rio de Janeiro, a par da gravidade da sanção, dezenas de então prefeitos tiveram as suas contas negadas por extrapolar o limite com gasto de pessoal sem que as contas retornassem ao patamar indicado¹²¹.

Por sua vez, é imperioso destacar que grande parte dos servidores que atua na máquina pública possui vínculo estatutário e, por isso, não podem ser afastados ao bel prazer da Administração. A própria Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 19/98, até prevê, no §3 do art. 169, a possibilidade de demissão do servidor público efetivo para a readequação ao teto de gasto com pessoal, mas tal medida possuiu um ônus político e social considerável, motivo pelo qual se revela de difícil aplicabilidade. De fato, mesmo o afastamento de servidores temporários ou comissionados possui um custo social considerável, quanto mais a demissão de servidores efetivos. Os servidores atuam diretamente na prestação de serviços públicos, e a redução no quadro de pessoal invariavelmente impactará na qualidade de vida do cidadão que terá a oferta de programas sociais também reduzida. Além disso, especialmente em pequenos municípios, a máquina pública é o grande fomentador da economia cidadina, e uma demissão em massa necessariamente irá gerar impactos econômicos na cidade.

¹²⁰ É possível encontrar diversas falas no sentido de rever o gasto com pessoal na próxima reforma administrativa. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77821/o-controle-de-gastos-com-pessoal>. Acesso em: 10 fev. 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/12/30/dos-27- apenas-7-estados-tem-gasto-de-pessoal-em-total-equilibrio-conforme-lrf.htm>. Acesso em: 10 fev.2020.

¹²¹ Prestação de contas municipais do ano de 2018. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/mapa-fiscalizacao/>. Acesso em: 26 fev. 2020.

Nesse cenário, como proposta na nova reforma administrativa, já é certo que teremos a extinção de diversos cargos intermediários no Poder Executivo¹²². Especialmente, com a evolução tecnológica, alguns cargos perderam a razão de existir, motivo pelo qual o pessoal ocupante dessas carreiras precisará passar por uma necessária readaptação ou passarão naturalmente à extinção a partir da não reposição diante de atos de aposentadoria.

Em segundo plano, outro problema que merece ser trabalhado por meio de uma reforma administrativa diz respeito aos aumentos salariais automáticos decorrentes das progressões na carreira e ao reajuste anual dos vencimentos dos servidores públicos.

Acerca da progressão¹²³, o problema é que, em grande parte das carreiras públicas, a progressão ocorre de maneira muito célere e independente de qualificação pessoal ou mérito no trabalho. As progressões automáticas por merecimento aumentam o gasto com vencimentos dos salários dos servidores sem que a Administração Pública tenha o retorno de qualidade esperado, uma vez que o servidor não é estimulado por conta de uma promoção que lhe é de direito, independente de sua eficiência administrativa.

Por sua vez, a questão do reajuste anual é mais polêmica, tendo esse *hard case* já chegado à pauta do Supremo Tribunal Federal. Em ação de controle concreto, o Plenário da Corte Constitucional assentou o entendimento de que o Poder Executivo não é obrigado a conceder revisões gerais anuais no vencimento dos servidores públicos, como seria de se esperar de uma interpretação literal do art. 37, inciso X da Constituição. Como ressalva, a maioria dos ministros decidiu que o chefe do Executivo deve ao menos justificar ao Poder Legislativo a não previsão em Lei Orçamentária do reajuste anual previsto abstratamente na Carta Magna como um direito do servidor. Portanto, é nesse sentido que se posicionou a Corte Constitucional ao fixar a seguinte tese:

O não encaminhamento de projeto de lei de revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no inciso 10 do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, não gera direito subjetivo à indenização. Deve o Poder Executivo, no entanto, se pronunciar, de forma fundamentada, acerca das razões pelas quais não propôs a revisão.¹²⁴

¹²² Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/reforma-administrativa-preve-reducao-de-50-dos-cargos-intermediarios-em-15-anos-24057516?utm_source=Whatsapp&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹²³ Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/reforma-preve-fim-da-progressao-automatica-para-servidor-24047910?utm_source=Whatsapp&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/reforma-administrativa-quer-acabar-com-promocoes-por-tempo-de-servico/>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹²⁴ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 565089. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 25 de setembro de 2019.

Em terceiro plano temos a já antiga questão à estabilidade do servidor público. Importante destacar que tal debate também fora realizado quando da reforma administrativa de 1998. À época, de forma a dar contornos mais liberais à estabilidade do servidor público, criou-se a possibilidade da perda do cargo por fraco desempenho. No entanto, como a Constituição impôs a edição de uma lei que estipulasse objetivamente o que seria esse fraco desempenho, e tal diploma legal jamais fora criado, o problema persiste ainda nos dias de hoje, mesmo 20 anos após a última reforma administrativa.

A estabilidade do servidor público é uma das grandes garantias da impessoalidade na gestão da coisa pública. Ainda que não se considere como cláusula pétrea, o mérito da estabilidade do servidor público concursado merece ser preservado, uma vez que é um direito do cidadão de que a governança administrativa continuará independente de políticos e políticas intermitentes e meramente temporárias.

É claro que há distorções no sistema. A estabilidade, por vezes, é utilizada como refúgio ao agente que já se encontra desinteressado na prestação do serviço público de qualidade. No entanto, tal figura não pode ser tida como a regra geral no serviço público, até porque não há qualquer pesquisa fidedigna que expresse esse sentido. Lembra-se que a norma jurídica é posta para regular situações normais. O cenário normal é sim de que o servidor público precisa de garantia jurídica de que poderá dar continuidade ao seu trabalho independente de influências políticas e com a devida isenção. O servidor público que se esconde atrás desse direito de maneira relapsa é uma exceção que deve ser tratada como tal.

Por isso que, ao nosso sentir, mesmo já em 2020, as palavras de Menezes Direitos, na reforma de 1998, ainda merece eco:

[...] lei complementar estabelecerá o mecanismo de avaliação periódica de desempenho do servidor, com o que, uma vez promulgada a lei complementar, o servidor poderá, se não mantiver um desempenho satisfatório, perder o seu cargo. Como é fácil verificar, esse ditame da Constituição casa-se com aquele outro sobre a representação do usuário contra o exercício negligente ou abusivo de cargo pelo servidor. Está aí posto um freio contra a má qualidade dos serviços prestados pelo Estado (MENEZES DIREITO, 1999, p. 44).

A aferição de eficiência do servidor público é prevista desde 1998 e, agora, na reforma administrativa, pode e deve, enfim, ser concretizada a partir de critérios objetivos que deem segurança tanto ao servidor público como à própria Administração Pública, que tem total interesse em ver o serviço público prestado com qualidade.

Os três pontos acima destacados são de inevitável debate quando da edição de uma reforma administrativa, uma vez que um dos pilares da proposta certamente envolverá a figura do servidor público. A necessidade de reforma administrativa que envolva a figura do

servidor público se extrai não apenas das falas dos representantes do Poder Executivo, mas, como indicado acima, também já encontra vozes na doutrina.

Pois bem. Após breves considerações acerca do que se tem falado sobre a necessidade de uma nova reforma administrativa, passa-se a tratar do papel fundamental exercido pelo Tribunal de Contas nesses momentos de crise orçamentária.

3.1.3 Notas acerca do controle exercido pelos Tribunais de Contas em momentos de crise

O Tribunal de Contas é instituição permanente de controle orçamentário dos entes federados. A sua estabilidade institucional e a sua *expertise* técnica são de extrema relevância para a garantia da estabilidade financeira do poder público.

O modelo de *accountability* vertical, caracterizado pela utilização de instituições superiores de controle, possui, como um dos seus grandes trunfos, a estabilidade de órgãos que têm como missão fiscalizar poderes em que a temporariedade é mandamento constitucional. Explica-se.

O Tribunal de Contas possui assento constitucional, e o seu órgão de cúpula é composto por conselheiros ou ministros ocupantes de cargos com natureza vitalícia. Os servidores que compõem o quadro técnico são majoritariamente agentes públicos com estabilidade funcional oriunda de concursos públicos. Os Tribunais de Contas estaduais e o Tribunal de Contas da União não podem ser extintos, pois exercem função essencial constitucionalmente. A estabilidade do órgão e de seus membros contrasta com a natureza dos cargos públicos que são objeto de fiscalização, uma vez que os agentes responsáveis por prestar contas são, em sua maioria, eleitos para o exercício de mandatos limitados temporalmente.

No exercício do seu mister, o Sistema Nacional de Contas fiscaliza os demais poderes, sendo o Executivo o grande foco de atuação, uma vez que são os prefeitos, governadores e presidente da República os grandes operadores dos cofres públicos. Como ordenadores de despesas de governo e de gestão, são os representantes eleitos por determinado mandato que são os responsáveis – e por consequência responsabilizados – no âmbito do Tribunal de Contas.

Há, portanto, um claro paralelismo entre o chefe mandatário de um poder e a estabilidade dos membros dos Tribunais de Contas.

Tais estabilidade e permanência são positivas ao permitirem o acúmulo de conhecimento e experiência relativa à gestão governamental de determinado órgão fiscalizado. A rotatividade natural e democraticamente esperada na chefia dos poderes tem por corolário lógico o fato de que, a todo momento, uma nova proposta de gestão pública seja iniciada nos paradigmas de governança, mas sem o prévio conhecimento de paradigmas e experiências (positivas ou negativas) de gestões anteriores.

Conforme o exposto, as crises orçamentárias podem ser previstas e, portanto, minimizadas por meio de uma detida análise de especialistas. Os gestores mandatários naturalmente representam um recorte histórico do órgão fiscalizado, ao passo que os Tribunais de Contas atravessam sucessivas gestões públicas, o que os possibilita a uma análise mais abrangente dos entes federados. Através de uma visão macro, as Instituições Superiores de Controle conseguem observar um crescente aumento com gasto de pessoal, paulatina queda em determinada receita pública ou redução de capacidade de investimento público.

No entanto, importante trazer à baila que, por vezes, os Tribunais de Contas até extrapolam o que pode ser compreendido como o princípio da continuidade dos serviços públicos ou o princípio da impessoalidade na Administração Pública, uma vez que não realiza qualquer distinção se a máquina pública foi conduzida pelo agente político “A” ou pelo seu sucessor “B”. É nesse sentido que até mesmo as prestações das “contas de governo” são realizadas pelo sucessor político, sem que o Tribunal de Contas considere as dificuldades inerentes à sucessão governamental. Da mesma forma, ainda que no mesmo exercício orçamentário anual haja a substituição do chefe do Executivo, a Corte de Contas julgará e responsabilizará igualmente todos aqueles que tiverem ocupado o cargo de prefeito, governador ou presidente¹²⁵.

Muito em virtude dessa estabilidade é que o art. 59, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao dispor sobre a fiscalização da gestão fiscal, prevê que os Tribunais de Contas emitirão alertas aos Poderes Constituídos quando constarem cenários de risco orçamentário, como (I) a verificação bimestral de que as receitas projetadas não farão frente às metas estipuladas; (II) a proximidade com o limite de gasto com pessoal; (III) os riscos no volume de dívida pública consolidada; (IV) a extrapolação com gastos com inativos e pensionistas;

¹²⁵ Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Prestação de Contas de Governo Municipal. Processo nº: 215823-8/16. Relator Conselheiro José Gomes Graciosa. Julgamento em: 10 nov. 2016.

(V) os fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Dessa forma, ao determinar o alerta, a Lei de Responsabilidade Fiscal exige dos Tribunais de Contas o acompanhamento periódico da gestão pública, auxiliando preventivamente a condução da coisa pública. É possível afirmar que a legislação federal reforçou o caráter dialógico do exercício do controle externo, atribuindo

competência aos Tribunais de Contas para atuar preventivamente, mediante acompanhamento da evolução das despesas, emissão de alertas quando os limites estabelecidos estiverem próximos de serem atingidos e indicação de fatos que possam comprometer custos ou resultados de programas ou indicar irregularidades na gestão orçamentária (CAMPELO, 2003, p. 14).

Há quem defenda que, para a realização desse dever de prevenção do Tribunal de Contas, basta a remessa de ofício à unidade jurisdicionada (SIMÕES, 2014, p. 382). De fato, tal ato é suficiente ao cumprimento do dever legal. No entanto, de forma bastante transparente e instrutiva, desde abril de 2019, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por meio do Ato-GP nº 05/2019¹²⁶, alterou a sua sistemática e passou a alertar bimestralmente os gestores municipais e do Estado sobre os possíveis riscos orçamentários que comprometem a gestão fiscal e orçamentária, inclusive com a publicação dos alertas em Diário Oficial e no sítio eletrônico do Tribunal de Contas.

Vale destacar que o art. 50, § 3 da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que a Administração Pública deve manter um sistema de custo que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária. Assim, os órgãos devem estimular os gestores públicos a “implantarem sistemas de custos nas entidades públicas brasileiras, como forma de minimização da assimetria informacional entre o Estado e a sociedade, tendo números sobre os custos dos serviços prestados e também para atender ao dispositivo legal” (SLOMSKI, 2011, p. 32). Seguindo a mesma *ratio*, são extremamente salutares a publicação e a transparência nos alertas emitidos pelos Tribunais de Contas, os quais são contabilizados justamente por meio de informações coletadas desse sistema de custos.

Outro aspecto positivo na atribuição do Tribunal de Contas é o rigor que exerce na fiscalização das receitas de natureza vinculada e os pisos constitucionais de investimentos na educação e na saúde.

O art. 212 da Constituição Federal dispõe que os Estados e Municípios devem destinar à educação pelos menos 25% (vinte cinco por cento) da receita proveniente de impostos e

¹²⁶ Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/legislacao/ATO-GP-05-2019.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2020.

transferências, ao passo que a União¹²⁷ deve alocar 18% dos seus recursos ao ensino público. Por sua vez, na área de saúde, conforme o art. 198, §2 da Carta Magna, os Municípios devem investir o mínimo de 15% (quinze por cento), os Estados devem alocar 12% (doze por cento) e a União, o patamar de 15% (quinze por cento)¹²⁸.

Além dos pisos constitucionalmente previstos, há verbas de natureza de destinação vinculada a programas educacionais, como o FUNDEB –Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação,¹²⁹ a ser utilizado para pagamento do pessoal de educação, e o salário-educação¹³⁰, voltado ao financiamento de programas, projetos e ações para o desenvolvimento do ensino básico público. Outra importante fonte de custeio que possui destinação de natureza vinculada são os recursos dos *royalties* do petróleo, os quais não devem ser utilizados para pagamento do quadro permanente de pessoal e de dívidas do ente (artigo 8º da Lei Federal nº 7.990/89), excetuando-se aquelas dívidas com a União e suas entidades e o custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, especialmente na educação básica pública em tempo integral, inclusive as relativas a pagamento de salários e outras verbas de natureza remuneratória a profissionais do magistério em efetivo exercício na rede pública (Lei Federal nº 12.858/2013).

Em momentos de crise orçamentária, o investimento em todas as áreas sociais tende a cair, atingindo diretamente direitos sociais então garantidos. A par da discussão acerca da aplicabilidade da vedação ao retrocesso em matéria orçamentária, o fato é que, com a redução das receitas, a consequente redução de despesas é realidade imposta.

A Constituição Federal e diversos diplomas legislativos dispõem acerca de parâmetros mínimos que devem ser observados pelo gestor público, ainda que em tempos de crise. Como postulados básicos de dever prestacional do Poder Público, um percentual do orçamento público é petrificado em favor da educação e da saúde pública, garantindo o mínimo de dignidade aos cidadãos. O Sistema Nacional de Contas exerce ferrenha fiscalização na utilização de verbas de destinação vinculadas e nos investimentos mínimos na área de

¹²⁷ A exigência foi relativizada pela Emenda Constitucional nº 95/2016, conhecida como a norma do “teto de gastos”.

¹²⁸ Aqui a exigência também foi relativizada pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

¹²⁹ Lei federal nº 11.494/2007. Maiores considerações explicativas disponíveis em: <https://www.fn.de.gov.br/financiamento/fundeb>. Acesso em: 29 jan. 2020.

¹³⁰ Art. 15 da Lei federal nº 9.424/1996. Maiores considerações explicativas disponíveis em: <https://www.fn.de.gov.br/financiamento/salario-educacao>. Acesso em: 29 jan. 2020.

educação e saúde, tal qual dispõe a Constituição Federal. Dessa forma, sob pena de aplicação de diversas sanções tal qual a reprovação na prestação de contas de governo, o Tribunal de Contas serve como elemento garantidor e estável de que, mesmo em momentos de crise orçamentária, certos pisos constitucionais serão observados pelo gestor público que deve garantir um mínimo de investimento nos direitos sociais à educação e à saúde.

Por fim, nessa relação entre o Tribunal de Contas e as crises orçamentárias, julga-se pertinente fazer um alerta, uma crítica bem específica quanto ao julgamento de contas de governo em momentos de retração econômica. Isso porque, quando o cenário de crise é irremediável e medidas alternativas devem ser tomadas, é exigível que os Tribunais de Contas atuem com menor rigor e maior razoabilidade no momento do julgamento das contas.

Repisa-se o já citado episódio da crise no Estado do Rio de Janeiro em que diversos municípios se depararam com altos índices de gasto com pessoal entre outras dificuldades financeiras e orçamentárias. Ao julgar as contas de governo do ano de 2016, dos 91 entes municipais fiscalizados, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro julgou irregular a gestão governamental de 66 prefeituras e apenas 25 (vinte e cinco) tiveram as suas contas aprovadas, ainda que com ressalvas¹³¹.

Ora, não é crível que, em um único ano, 72,5% das prefeituras coincidentemente cometeram irregularidades insanáveis na gestão da coisa pública. O número salta aos olhos especialmente quando se verifica que, no ano de 2015, apenas oito municípios tiveram as suas contas negadas. É claro que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro estava diante de um absolutamente atípico cenário de crise fiscal e deveria ter pautado os seus julgamentos levando em consideração as dificuldades inerentes à gestão pública financeira em momentos de crise.

Percebe-se que, a par do rigor técnico das considerações aqui apresentadas – controle orçamentário-financeiro, vinculação de verbas, emissão de alertas de risco orçamentário e método de julgamento de contas –, todas essas atribuições constitucionalmente previstas possuem forte cunho intervencionista na vida política da cidade. A garantia de destinação de verbas, necessidade de redução com gasto de pessoal e demais elementos apontados nesta seção, a par do tecnicismo inerente à matéria, influenciam no dia a dia da gestão pública e, por consequência, no fenômeno social da cidade. A crise orçamentária gera desemprego, má prestação de serviços públicos e redução na capacidade de investimento em infraestrutura, motivo pelo qual todos os atores que participam na prevenção ou na remediação desse cenário

¹³¹ Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/mapa-fiscalizacao/#>. Acesso em: 29 jan. 2020.

forçosamente também atuam politicamente na gestão da cidade, indo bem além de meras decisões afetas à tecnocracia.

Com todo o exposto, é possível verificar que os Tribunais de Contas exercem um papel central no controle externo do orçamento público, peça jurídica fundamental à boa governança. A partir da estabilidade institucional e da sua expertise, é possível um saudável diálogo governamental entre fiscalizador e fiscalizado de forma a auxiliar preventivamente a execução das diretrizes orçamentárias, a fim de evitar os temidos cenários de crises financeiras que tanto assolam e prejudicam a dinâmica social das cidades.

3.2 Controle de contas entre a discricionariedade e a vinculação: governança pública de resultados

O poder discricionário do gestor público é um elemento da atividade administrativa desde a concepção da noção do Estado. A partir da construção do Estado Democrático de Direito, esse poder da administração pública passa a ser limitado e condicionado a partir da lei, da jurisprudência e de novos conceitos doutrinários.

No exercício da gestão pública, o agente público exerce esse poder discricionário diuturnamente. A todo momento, o gestor pratica atos de disposição do interesse público ou de concretização do interesse público, seja através de atos isolados, seja a partir da concatenação de vontades consolidadas em processos decisórios.

Com vistas à construção de uma cidade humanizada, onde a sustentabilidade social é o grande objetivo, o gestor público edita atos e planeja políticas públicas concretizadoras de direitos sociais. O processo de implementação dos programas sociais (de saúde, educação, transporte, meio ambiente etc.) é o grande laboratório da cidade que visa ao bem estar dos cidadãos. A qualidade de vida nas cidades – a concretização da função social da cidade – é o resultado que se espera da administração pública.

É claro que esse processo de construção de políticas públicas é um ponto de interesse no programa de direito à cidade. A partir da premissa de que a gestão pública edita atos administrativos discricionários e/ou vinculados, há normas jurídicas que devem ser consideradas. Há uma inevitável tensão entre a liberalidade interna do gestor público e o regramento geral ao qual ele se submete.

Nesta seção, busca-se analisar de que forma a compreensão da extensão e os limites do poder discricionário impactam no dia a dia da gestão pública, detidamente sob o olhar dos órgãos de controle. A partir dessas considerações, pugna-se pela conformação de um Tribunal de Contas de governança pública que dê a devida liberdade no atuar inovador dos gestores públicos e que seja mais voltado ao atingimento de metas e resultados e à efetiva prestação do serviço público.

3.2.1 Considerações teóricas acerca da discricionariedade e da vinculação

O ato administrativo é a manifestação da Administração Pública destinada a produzir efeitos jurídicos. Classicamente, o ato administrativo é conceituado pela doutrina nacional como a “manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes” (MOREIRA NETO, 2014, p. 221). Trata-se da forma mais basilar de exteriorização da vontade administrativa, sendo certo que o administrador edita atos diuturnamente.

A doutrina elabora uma vasta classificação de atos administrativos. A mais pertinente a este trabalho diz respeito à distinção entre atos vinculados e atos discricionários. Tal classificação leva em consideração a extensão do poder do administrador público, tanto é que há doutrina que compreende que discricionariedade e vinculação são mais que espécies de ato administrativo, são verdadeiros poderes da Administração Pública.

A correta compreensão das duas espécies passa pela análise dos cinco elementos do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A competência diz respeito ao sujeito ativo: aquele que edita o ato administrativo. A competência é “uma expressão funcional qualitativa e quantitativa do poder estatal, que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos, para executar sua vontade” (MOREIRA NETO, 2014, p. 224). A competência está sempre prevista em lei, isto é, a legalidade importa em que todo ato administrativo possua um sujeito previamente determinado imbuído de poderes para editar e decidir por tal medida administrativa.

A finalidade é o “aspecto específico do interesse público, explícita ou implicitamente expresso na norma legal, que se pretende satisfazer pela produção dos efeitos jurídicos esperados do ato administrativo” (MOREIRA NETO, 2014, p. 225). A manifestação de

vontade do poder público não admite qualquer outra finalidade que não seja o “atendimento de uma finalidade pública cuja previsão haverá de estar sempre e obrigatoriamente expressa na ordem jurídica” (MOREIRA NETO, 2014, p. 225).

A forma é a exteriorização material do ato. De modo geral, é possível afirmar que o ato administrativo deve ser escrito, ou de algum modo registrável, dispondo a lei, apenas eventualmente, uma forma distinta aplicável para cada atuação prescrita (MOREIRA NETO, 2014, p. 225). Essa casuística não significa um livre arbítrio do gestor público, uma vez que, de forma a garantir a publicidade e o controle dos atos, aplica-se a regra da formalidade dos atos da Administração Pública.

O motivo é o pressuposto de fato e de direito que determina ou possibilita a edição do ato administrativo. Diz respeito à causa eficiente de agir, o pressuposto de justificação jurídica que dá razão ao atuar da Administração Pública. Veja que justificação não se confunde com motivação. Esta é a explicitação pelo agente dos tais pressupostos fáticos e jurídicos (o motivo) do ato administrativo (MOREIRA NETO, 2014, p. 226).

O objeto é o “resultado visado pelo ato, que será sempre a constituição, declaração, confirmação, alteração ou desconstituição de uma relação jurídica”. O objeto é o elemento cerne do ato administrativo, consiste no seu resultado prático, justamente a “alteração jurídica que se pretende introduzir relativamente às situações e relações sujeitas à ação administrativa” (MOREIRA NETO, 2014, p. 227).

Pois bem. A vinculação – seja como espécie de ato administrativo, seja como poder da Administração – ocorre quando os cinco elementos já expostos estão expressamente previstos em lei. Como visto anteriormente, a Administração Pública precisa observar o princípio da juridicidade, somente lhe sendo permitido praticar o que a lei previamente autorizou. Assim, estando expressamente previstas as hipóteses de aplicação e a consequência jurídica a ser implementada na concretização da hipótese, diz-se que o ato administrativo é vinculado, ou seja, a Administração Pública está vinculada a determinada consequência legal.

Por sua vez, os atos discricionários são caracterizados pelo maior espaço e liberdade de atuação ao gestor público, uma vez que o poder discricionário é conferido à Administração Pública quando a lei intencionalmente abre margem para que o administrador preencha o conteúdo jurídico do motivo e/ou objeto a ser racionalizado ou implementado. Há, em tais casos, a integração da norma com a vontade do agente, que goza, por prerrogativa legal, de competência e legitimidade em escolher a melhor opção para atingimento da finalidade pública. O mérito administrativo, conceito que abrange o motivo e o objeto do ato administrativo, é exercido através do juízo de oportunidade e da conveniência pelo

administrador público, um espaço decisório conferido pelo Legislativo à Administração Pública. Assim, continuando na doutrina de Diogo de Figueiredo Neto (2014, p. 171),

A discricionariedade desdobra, assim, para a Administração Pública, um novo espaço jurídico decisório substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração.

Veja, portanto, que, no ato vinculado, os cinco elementos do ato administrativo estão detidamente previstos em lei. Como não há margem de atuação ou escolha do agente público para além da causa e consequência previstas em lei, o exercício do controle (interno ou externo) é razoavelmente simples e não enseja maiores polêmicas. Caso o agente público edite um ato vinculado (concessão de licença, por exemplo) fora do perímetro legal, compete aos órgãos de controle impor a responsabilização do administrador pela edição de ato ilegal.

Já não é tão simples o exercício do controle de atos discricionários, já que o agente público goza de uma reserva de atuação que lhe é legítima e prevista em lei. Claro que nos atos discricionários há elementos necessariamente vinculados, que são a competência, a forma e a finalidade, os quais são passíveis do clássico controle de legalidade. No entanto, indubitavelmente, a discricionariedade conferida ao gestor público através do juízo de oportunidade e da conveniência a serem exercidos quanto ao mérito afasta, prima face, o exercício de um controle externo.

De forma a evitar abusos (que realmente acontecem), doutrina e jurisprudência passaram a construir uma nova racionalidade para as premissas teóricas classicamente dispostas ao poder discricionário e a sua dicotomia com os atos vinculados.

Nesse sentido, Gustavo Binbenbom (2008, p. 37) aponta que a clássica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários é um dos paradigmas do Direito administrativo em vias de superação. De maneira categórica, o autor afirma que as transformações recentemente sofridas pelo Direito administrativo importam em uma necessária revisão da noção da discricionariedade administrativa, para caracterizá-lo como um espaço carecedor de legitimação, isto é, “um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e da lei”. O cerne da questão, na compreensão do ilustre professor, é que não é mais possível se falar em dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, mas sim em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Dessa forma, quanto maior o grau de vinculação à juridicidade, maior será o grau do exercício ao controle externo do ato administrativo.

Dois dos diversos parâmetros apontados por Binenbojm (2008, p. 41) merecem especial destaque. Primeiro é o reconhecimento de que, para a edição de certos atos, deve ser conferida posição preferencial ao poder Executivo em virtude de sua legitimidade democrática. Segundo é o parâmetro que leva em consideração o grau de complexidade técnica e dinâmica específica do ato administrativo, uma vez que certos atos administrativos, por sua dinâmica específica, falecem de conceitos objetivos para uma atuação do poder Judiciário (exemplo de controle apontado pelo autor), devendo ser prestigiadas a expertise e a experiência dos órgãos do Executivo.

A utilização desses dois parâmetros tem especial relevância no controle da Administração Pública exercido pelos Tribunais de Contas.

A questão da legitimidade democrática do controle exercido pelas Cortes de Contas sempre é um tema polêmico. Conforme o já exposto em seção anterior, as competências dos Tribunais de Contas são dispostas em normas constitucionais, o que, por si só, já lhes confere legitimidade para atuação, desde que, é claro, o controle seja exercido dentro do seu perímetro constitucional. Ademais, a composição plúrima da Corte de Contas serve como um reforço de legitimidade na atuação dos órgãos de controle. Além disso, os Tribunais de Contas são órgãos muito bem estruturados e com verdadeira expertise no controle das finanças públicas, com servidores públicos das mais variadas especialidades, o que os auxilia na análise de questões de maior complexidade técnica.

Ocorre que, ao nosso sentir, a possibilidade do controle externo ser exercido sobre atos discricionários é muito mais simples e objetivo do que os parâmetros apontados por valorosa doutrina.

O que limita a possibilidade do controle externo a ser exercido pelos Tribunais de Contas é a lei. A partir do momento que o poder Legislativo, em sua maior expressão democrática, confere ao poder Executivo liberdade em atuação – discricionariedade –, parece evidente que, dentro desse espaço discricionário criado por lei, o agente público pode e deve utilizar os seus critérios subjetivos de conveniência e oportunidade.

É claro que, se o gestor público extrapolar o campo de discricionariedade, o controle externo deve responsabilizar a administração. Nesse caso, o que temos é um vício de legalidade, uma vez que a administração exerceu discricionariedade fora de sua atribuição legal. No entanto, conferindo à lei a possibilidade de o gestor subjetivamente escolher dentre as opções A, B e C, não deve o controlador externo se imiscuir na discricionariedade da Administração Pública, ainda que a matéria diga respeito a controle orçamentário-financeiro, mesmo que o Tribunal de Contas reconhecidamente possua expertise para tanto.

Ao nosso sentir, a par de reconhecida doutrina que busca reduzir a discricionariedade a zero, utilizando como argumento de reforço abusos administrativos que reconhecidamente ocorrem, a liberdade no exercício da função administrativa precisa ser resguardada. Os Tribunais de Contas são competentes constitucional e tecnicamente ao exercício do controle externo, no entanto, a discricionariedade atribuída em lei ao gestor público deve ser resguardada e prestigiada, de forma que cada função essencial ao desenvolvimento do Estado ocupe o seu próprio perímetro constitucional.

3.2.2 Cenário jurídico-institucional prevalente no controle de políticas públicas pelos Tribunais de Contas

Veja que as considerações até então expostas dizem respeito aos poderes e limites na edição de atos administrativos isolados, considerados individualmente ou, no máximo, dentro de um processo administrativo. Tarefa ainda mais hercúlea diz respeito à avaliação do perímetro de atuação do Executivo – e, por conseguinte, ao controle a ser exercido – na concatenação de atos administrativos mais complexos, como ocorre na implementação de políticas públicas.

O tema da criação e da implementação de políticas públicas vem sendo bastante debatido na última década, especialmente por tratar-se de um dos mais primordiais e sensíveis elementos de conexão entre o poder público e o cidadão. Conforme já exposto, o advento da Constituição Federal de 1988 nos trouxe um extensivo rol de direitos sociais (artigo 6º), os quais devem ser concretizados, admitindo-se, inclusive, a exigibilidade de tais direitos fundamentais pela via judicial (SARMENTO, 2018, p. 3). Hoje, o estudo e a conformação das políticas públicas encontram-se no centro dos debates jurídico-políticos nacionais. No entanto, o enquadramento temático do tema “políticas públicas” como matéria afeta à ciência jurídica ainda se revela uma questão bastante controversa.

Muito se fala na área da Ciência Política como sendo aquela que deve pesquisar acerca do tema, destacando-se aqui justamente o aspecto político inerente à criação e implementação da política pública, uma vez que tal disciplina tem como objeto de interesse exatamente a “complexidade que envolve a relação entre o Estado, o poder, a política, a democracia e o direito e as suas consequências para a sociedade” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 19).

Por sua vez, a ciência da Administração Pública também aparece como um relevante campo de interesse, analisando os atos materiais do poder público, considerando que o grande protagonista na execução da política pública é justamente a Administração Pública.

Hoje, felizmente, a ciência jurídica também já se ocupa dessa matéria. Como bem aponta a professora Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 3), “a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”. Além disso, a ciência jurídica, em especial o Direito público, convive tranquilamente com as causas e os efeitos da política na gestão pública, motivo pelo qual a presença relevante desse elemento não seria suficiente para afastar a juridicidade neste estudo.

A pesquisa e a execução das políticas públicas revelam-se, na verdade, um estudo de natureza claramente interdisciplinar. Não há uma única e previamente determinada ciência que possua exclusividade no desenvolvimento do tema, cabendo a cada pesquisador beber das mais variadas fontes, e ao executor se valer das mais diversas técnicas na concretização de suas políticas públicas.

De fato, o enquadramento científico do estudo de políticas públicas passa por um outro questionamento que lhe é fundamental: o próprio conceito de políticas públicas.

De plano, destaca-se o juízo de Felipe de Melo Fonte (2013), segundo o qual a conceituação de políticas públicas e, conseqüentemente, a delimitação do seu objeto, revelam-se matéria de grande dificuldade, primeiro por cada ciência apresentar elementos que lhe destacam, segundo pela própria conotação política do termo.

O autor entende, por exemplo, que políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal, sustentando que a política pública é conhecida pelos atos e normas que lhe dão concretude. Já Fábio Comparato (1998, p. 4) destaca que “a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objeto determinado”.

Na verdade, de forma a abranger a multiplicidade desses conceitos expostos na doutrina, todos valiosos e cada qual exaltando determinado aspecto, ficamos com o conceito mais amplo e detalhado de que políticas públicas podem sempre ser colocadas sob o ângulo da atividade, como “conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 89).

Pois bem. Esse conjunto de ações que visa à efetivação de direitos fundamentais – o próprio processo de elaboração de políticas públicas – é desenvolvido pela melhor técnica, no que se alcinhou de ciclo de políticas públicas, em que cada etapa é esquematizada em fases sequenciais e interdependentes, conforme diretrizes apontadas no profundo trabalho de Leonardo Secchi (2011).

Em que pesem pequenas distinções a depender do autor, precipuamente, o método deste ciclo é composto de sete fases principais: a) identificação do problema; b) formação da agenda; c) formulação de alternativas; d) tomada de decisão; e) implementação; f) avaliação; g) extinção.

A *identificação do problema* é a percepção de que algo está errado, a discrepância entre o que ocorre de fato e o cenário idealmente desejado. Nos dizeres de Leonardo Secchi (2011, p. 35), “a delimitação do problema envolve definir quais são seus elementos, e sintetizar em uma frase a essência do mesmo”.

Nesta etapa, podem ser destacados os papéis da população (especialmente a sociedade civil organizada) e os próprios atores políticos, estes com o seu crescimento político justamente por meio do reconhecimento da sociedade como um agente que “luta as suas batalhas” e dá a devida repercussão às autoridades.

A *formação da agenda* consiste no processo de escolha de prioridades, ou seja, a agenda é um conjunto de problemas ou temas tidos por relevantes. Conforme Manual apresentado pelo Sebrae (2008), é impossível para os atores públicos concentrarem suas atenções e atenderem a todos os problemas existentes em uma sociedade, dado que estes são abundantes e os recursos necessários para solucioná-los, escassos. Por isso, é necessário que se estabeleçam quais questões serão tratadas pelo governo.

Os grandes instrumentos de formação de agenda são os programas de governo e o planejamento orçamentário. Os programas de governo, ainda que precariamente pela nossa frágil democracia, são submetidos ao crivo popular no momento do voto, cabendo ao cidadão escolher aquele agente público que deu maior relevância aos problemas por ele identificados. Por sua vez, o planejamento orçamentário, até por força constitucional, configura justamente o ato de definição das atividades que serão consumadas pelo governo (problemas que serão atacados) com as devidas reservas orçamentárias para o desenvolvimento de soluções (ABRAHAM, 2015).

Durante formação da agenda, especial destaque deve ser dado à participação popular¹³², já que é a grande destinatária da política pública. Ocorre que, onde há população, há também o papel da mídia, tanto na formação da opinião pública, como na repercussão dada. De fato, vontade silente não produz efeitos práticos para a formação de uma agenda. Assim, seja através de mecanismos diretos de participação popular (consultas, audiências públicas, orçamento participativo etc), seja pela repercussão tida e obtida através da mídia, a formação da agenda deve atender ao interesse público.

A etapa de *formulação de alternativas* é o momento em que são elaborados métodos, programas, estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos. Um mesmo objetivo pode ser alcançado de várias formas, por diversos caminhos.

Por sua vez, o processo de *tomada de decisões* é o momento em que se escolhe, entre as alternativas formuladas, qual será a resposta aos problemas identificados e determinados pela agenda. As escolhas feitas neste momento são expressas em leis, decretos, normas, resoluções, dentre outros atos da Administração Pública.

A *implementação* das políticas públicas é a fase em que o planejamento é concretizado por meio de ações governamentais.

A *avaliação* da política deve ocorrer a todo momento, até para que se possam corrigir erros percebidos durante a sua implementação, de forma que a política pública não se perca por completo. Os sistemas de avaliação podem ocorrer dentro da própria Administração Pública ou por agentes externos, pontuando a doutrina que a participação popular deve ser o principal instrumento de avaliação, uma vez que são os cidadãos que gozam da política pública eficiente.

A *extinção* da política pública é a conclusão deliberada ou a cessação de específicas funções, programas, políticas ou organizações governamentais. Infelizmente, a fase de extinção da política pública acaba não sendo muito apontada pela doutrina, salvo algumas exceções¹³³, em que pese ocorrer bastante em nosso dia a dia, especialmente por motivos negativos.

Essa extinção pode ocorrer quando se julga que o problema público inicialmente identificado foi resolvido seja por efeitos da política pública ou não, fazendo com que a sua continuidade e aplicabilidade sejam reconsideradas. Outra possibilidade de extinção bem

¹³² Art. 2º, inciso II da Lei nº 10.257/2001.

¹³³ Destaca-se a seguinte obra: SOUZA, Yalle Hugo de; SECCHI, Leonardo. Extinção de políticas públicas. Síntese teórica sobre a fase esquecida do policy cycle. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, [S.l.], v. 20, n. 66, jan. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/39619/52574>. Acesso em: 31 jul. 2018.

destacada é quando o problema se agrava ou cria efeitos colaterais tão nocivos que tornam a política pública insustentável.

No entanto, por vezes, a política pública é extinta por razões relativas ao ambiente político. No Brasil, infelizmente, esta é uma das principais causas de encerramento de políticas públicas. A troca dos titulares de mandatos eletivos, em clara violação aos princípios da impessoalidade e da continuidade dos serviços públicos, enseja a interrupção de diversos programas sem a apresentação de quaisquer critérios objetivos, muito mais pelas “marcas” que determinadas ações governamentais levam em nome deste ou daquele agente político.

Veja que a esquematização e o próprio desenvolvimento do estudo do ciclo de políticas públicas revelam-se já consideravelmente avançados. No entanto, é evidente que o nosso Estado Democrático de Direito vem falhando nesse processo de consolidação de direitos sociais¹³⁴, insucesso de responsabilidade de todos os níveis federativos e de todos os “poderes” constituídos.

A função administrativa exerce papel central no ciclo de implementação das políticas públicas. Como foi exposto ao longo desta pesquisa, onde há função administrativa há sempre o poder/dever da controladoria externa. Nesse sentido, faz-se imperioso avaliarmos os limites ao controle da atividade administrativa quando da implementação de políticas públicas.

De plano, é essencial destacarmos que o tema “controle de políticas públicas”, apesar da profusão de trabalhos e pesquisas já bem desenvolvidas, revela-se matéria extremamente sensível. Ao menos na ciência jurídica, estamos longe de uma compreensão pacífica sobre o tema. Veja que até mesmo a discussão acerca da exigibilidade de direitos sociais – como visto na seção 2.1 – já é bem acalorada, além dos limites e possibilidades do processo de implementação desses direitos sociais. Isso porque há uma imbricada relação entre a técnica e a política quando se trata da *accountability* financeira. A avaliação e o julgamento das políticas públicas transcendem a análise estritamente técnica, transpassando também o componente político (WILLEMAN, 2017, p. 283).

Pois bem. A doutrina aponta que o controle dos Tribunais de Contas não é feito apenas do ponto de vista de uma legalidade estrita, “abrangendo também aspectos da legitimidade, eficiência e economicidade” (ARAGÃO, 2012, p. 611). A avaliação quanto a esses aspectos é justamente a porta de entrada para o exercício do controle de políticas públicas por parte dos Tribunais de Contas.

¹³⁴ O Brasil está com o seu IDH - Índice de Desenvolvimento Humano medido anualmente pela ONU, que utiliza indicadores de renda, saúde e educação - estagnado em 0,0754. Fonte: Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud).

Por todos, podemos citar Marianna Willeman, que afirma categoricamente a competência do Tribunal de Contas para o controle de políticas públicas, utilizando como fundamento normativo a referência que a Constituição faz à legitimidade e “à economicidade como critérios informadores do controle externo financeiro” (WILLEMAN, 2017, p. 283). Sustenta a Conselheira do TCE/RJ que

sendo os Tribunais os órgãos constitucionais dotados de autoridade para o exercício da fiscalização financeira do Estado, resta pouco espaço para que se questione a possibilidade de tais órgãos virem a controlar a implementação de políticas públicas. Esta tarefa já integra a própria essência da missão constitucional confiada a tais instituições (WILLEMAN, 2017, p 286).

A corrente que vai no sentido do controle de políticas públicas por parte dos Tribunais de Contas é fortalecida por meio das balizas do pós-positivismo e neoconstitucionalismo. Aponta Humberto Souto (2002, p. 8) que “a função do Tribunal está voltada principalmente para a verificação, nos atos desses órgãos, do cumprimento dos princípios constitucionais que devem nortear a atuação dos entes públicos”. Dessa forma, considerando que os princípios jurídicos são dotados de normatividade, na prática ocorre que aquele que detém competência para verificar o cumprimento de princípio constitucional por parte do Executivo, *in casu*, detém competência para controlar o Executivo.

É nesse cenário que os próprios Tribunais de Contas defendem, por meio de posições públicas institucionais, a possibilidade do controle externo das políticas públicas pelo Sistema Nacional de Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará possui, em sua estrutura, a Gerência de Avaliação de Políticas Públicas, órgão específico na estrutura da Corte de Contas, que tem por atribuição, entre outras¹³⁵:

- avaliar as políticas públicas e as atividades governamentais dos órgãos e entidades, pautando, além dos aspectos de legalidade, critérios de economicidade, eficiência, eficácia, efetividade, equidade, sustentabilidade e transparência, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública;
- acompanhar, por meio de monitoramento, as medidas consignadas no plano de ação, em resposta às recomendações e/ou determinações exaradas pelo Tribunal, assim como aferir o benefício decorrente das implementações;

¹³⁵ Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/30-rh/institucional/estrutura-organizacional/2317-gerencia-de-avaliacao-de-politicas-publicas>. Acesso em: 11 jul. 2018.

- propor, com base nos critérios de agregação de valor, materialidade, relevância e vulnerabilidade, tema que ofereça oportunidade para a realização de auditoria, que contribua para o aperfeiçoamento da Administração Pública e forneça à sociedade opinião independente sobre o desempenho da atividade pública.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo anunciou, no ano de 2015, que passaria a monitorar a qualidade das políticas públicas nos municípios por meio do Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM) – indicador concebido pela Corte de Contas paulista para monitorar a eficácia das políticas públicas implantadas pelos gestores nas cidades paulistas.¹³⁶

O Tribunal de Contas da União também possui firme posição acerca de sua própria competência para a avaliação e julgamento de políticas públicas. A bem da verdade, a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União vem anualmente dispor de forma expressa a atribuição do TCU para subsidiar o Congresso Nacional no exame de planos e programas nacionais. Por exemplo, a LDO de 2019¹³⁷ dispõe que o Tribunal de Contas da União enviará à Comissão Mista do Congresso um relatório acerca da qualidade da implementação e do alcance de metas e objetivos dos programas e das ações governamentais, objeto de auditorias operacionais realizadas para subsidiar a discussão do Projeto de Lei Orçamentária de 2019. Com base nessa normativa, nos últimos três anos, o TCU publicou os interessantes Relatórios de Política e Programa de Governo¹³⁸ que expõem as ações governamentais que estão sendo implementadas para promover a melhoria do arcabouço institucional de planejamento, orçamento e políticas públicas, através de uma análise consolidada do conjunto de informações sobre políticas públicas que foram objeto de fiscalizações realizadas pelo Tribunal de Contas da União.

Pelo exposto, o cenário institucional atual é extremamente favorável ao reconhecimento da competência dos Tribunais de Contas para avaliação e julgamento de políticas públicas desenvolvidas pelo governo. A doutrina majoritária reconhece que tal

¹³⁶ Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-tcesp-passa-monitorar-qualidade-das-politicas-publicas-nos-municipios>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹³⁷ Art. 124 da Lei federal nº 13.707.2018: “O Tribunal de Contas da União enviará à Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição, no prazo de até trinta dias após o encaminhamento da proposta orçamentária de 2019, quadro-resumo relativo à qualidade da implementação e ao alcance de metas e objetivos dos programas e das ações governamentais objeto de auditorias operacionais realizadas para subsidiar a discussão do Projeto de Lei Orçamentária de 2019.”

¹³⁸ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/relatorio-de-politicas/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

atribuição decorre da previsão constitucional que permite a fiscalização a partir da verificação da economicidade, legitimidade e eficiência da função administrativa. Na prática, os Tribunais de Contas atualmente já incorporaram tal atribuição em sua missão institucional que já é da práxis do exercício da controladoria externa.

De forma a evitar excessos nesta realidade prática que aqui se expõe, julgamos pertinente a exposição de alguns parâmetros no exercício desse controle externo.

3.2.3 Limites ao exercício do controle externo e a Administração Pública de resultados

Afirmar que o Tribunal de Contas detém legitimidade para analisar a implementação de políticas públicas não significa dizer que o controle externo possui ampla e irrestrita atribuição repressiva. Há limites que devem ser observados.

O primeiro limite é pertinente a uma clássica distinção elaborada pela Ciência Política e Teoria Geral do Direito administrativo, que distingue o ato político do ato administrativo. A partir dessa distinção, é possível afirmar que o Tribunal de Contas não detém competência para exercer qualquer juízo acerca de atos políticos.

O ato político, também por vezes conhecido em doutrina como ato de governo, consiste na manifestação de vontade do governo no exercício e na expressão do seu poder político. Possuem uma natureza singular e são exercidos pelo Estado em sua função puramente política, pelo que ostentam elevada margem de discricionariedade e se vinculam diretamente às disposições constitucionais (MELLO, 2015, p. 392). Em profunda obra que trata das diversas conformações do conceito de atos de governo, Odete Medauar (1993, p. 81) afirma que tal manifestação provém da autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo e decorrem diretamente da execução da Constituição.

Por sua vez, o ato administrativo, como já visto diversas vezes ao longo deste trabalho, é a “manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes” (MOREIRA NETO, 2014, p. 221). Veja que, para o ato administrativo, há uma distinção quanto à finalidade objetiva e individualizada, tal como o seu conteúdo que diz respeito a decisões eminentemente administrativas.

O ato administrativo é reconhecidamente passível de revisão por poderes externos ao que editou o ato. O poder judiciário e o Tribunal de Contas detêm competência para avaliar os mais variados elementos internos e externos dos atos administrativos, realizando a sua compatibilidade com normas postas pelo ordenamento jurídico, como legalidade, economicidade, eficiência, moralidade, entre outros fundamentos normativos.

De outro lado, os atos políticos não são suscetíveis de controle externo, sendo a mais basilar manifestação do poder político do gestor público. Tanto é que a não sindicabilidade de atos políticos é tratada pela doutrina como inerente ao próprio conceito do ato político. Nesse sentido, Cretella Junior (1987, p. 73) afirma que ato político é “toda manifestação de vontade que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário”. O célebre professor ainda destaca que o conceito de atos de governo – expressão que seria sinônima a ato político – serve para designar certos “atos das altas esferas do Poder Executivo, manifestações concretas volitivas do Governo que, pela própria natureza e índole especialíssima, se distinguem em razão do privilégio da imunidade jurisdicional que os matiza”.

Nesse cenário, é possível afirmar que os Tribunais de Contas não podem exercer qualquer juízo acerca de atos políticos editados pela administração pública.

A doutrina aponta alguns exemplos de atos políticos, tais como a apresentação ou retirada de propostas legislativas, vetos e sanções a projetos de lei, celebração de tratados internacionais, entre outros (MEDAUAR, 1993, p. 81). O exemplo de julgamento mais relevante para a realidade prática dos Tribunais de Contas diz respeito à recusa em apresentar projeto de lei. Como uma omissão de ato de governo apontada por Odete Medaur, o Tribunal de Contas – ou qualquer outro controlador externo – não tem o condão de impor ao gestor público medida que requeira a edição de lei em sentido formal.

Tal limitação, para além da natureza política do ato, ainda esbarra em outro problema, que é a democrática natureza dual do processo legislativo. O poder Legislativo é praticamente irresponsável em relação ao Tribunal de Contas, salvo em relação a alguns controles exercidos pela Instituição Superior de Controle, motivo pelo qual não lhe é obrigatório observar muitas de suas demandas. Portanto, não é possível, em um cenário democrático, que se exija do poder Executivo, este sim diuturnamente submetido ao controle externo, a concretização de uma demanda que dependa de lei formal porque, além de se tratar de ato político insindicável, depende da conjugação de esforços com outro poder soberano dentro de sua atribuição de competências.

Um exemplo de exacerbação desse limite é o caso do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que exigiu que todos os municípios criassem e estruturassem uma Procuradoria com servidores ocupantes de cargos efetivos previamente aprovados em concurso público específico para o cargo, no prazo máximo de 6 (seis) meses, sob pena de não admitirem as manifestações assinadas por representantes municipais que não compusessem a estrutura de serem procuradores efetivos¹³⁹.

O caso em epígrafe salta aos olhos pela direta intervenção da organização administrativa do poder Executivo, tanto que se desconhece outra Corte de Contas que tenha proferido decisão nesse sentido. A criação da Procuradoria Municipal depende de lei ordinária formal, uma vez que a criação de cargos e salários depende de aprovação através do devido processo legislativo. De fato, a própria organização administrativa depende de lei formal e revela-se um ato eminentemente político, resultante de um debate entre o poder Executivo e o poder Legislativo¹⁴⁰, cuja solução final não pode ser imposta pelo órgão de controle externo. Nesse sentido, a determinação do TCE/RJ extrapolou o limite que lhe veda se imiscuir em atos políticos, como é o envio ou o recuso de envio de proposta legislativa, citada por Odete Medauar. Além disso, faz-se oportuno destacar que a interpretação dada pela Corte de Contas – e a ordem posteriormente emitida – é absolutamente desarrazoada e desconectada com a realidade da maioria dos municípios fluminenses, os quais possuem liberdade de conformar a sua organização administrativa conforme a sua própria necessidade.

Felizmente, logo após os ofícios expedidos às prefeituras, o Supremo Tribunal Federal¹⁴¹, analisando caso análogo, assentou o entendimento de que os municípios não são obrigados a constituir procuradorias compostas por servidores efetivos, admitindo outras formas de organização institucional, inclusive utilizando como jurisprudência decisões outras da Corte Constitucional que possibilitam a terceirização de serviços jurídicos.

O segundo limite é que o Tribunal de Contas deve observar a posição preferencial do poder Executivo na realização de escolhas públicas. A professora Arícia Correia (2007, p. 584) trata da reserva de administração como “um espaço autônomo – e, por isso, insubordinado – de exercício da função administrativa, normativa e concretizadora de direitos

¹³⁹ Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 225.221-8/2017. Relator Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia. Julgamento em 17.09.2018.

¹⁴⁰ Veja, por exemplo, o extenso debate no Congresso Nacional acerca da Medida provisória nº 870/2019, que tratou da reorganização administrativa federal realizada em 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm. Acesso em: 1 mar. 2020.

¹⁴¹ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 1.156.016/SP. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, Julgamento em 06.05.2019.

fundamentais”. Nesse sentido, há decisões que legitimamente devem ser tomadas por aquele democraticamente eleito para tanto, que comumente é o chefe do poder Executivo.

Rememorando o ciclo de políticas públicas, as suas fases iniciais de identificação de problemas, formação de agenda, formulação de alternativas e, especialmente, o processo de tomada de decisão, são atos insuscetíveis de controle por parte do Tribunal de Contas, uma vez que são reservadas à legitimidade democrática conferida ao gestor público.

A partir desses dois limites impostos ao Sistema Nacional de Contas, é possível afirmar que não é dado ao controle externo se imiscuir na decisão pública conferida e executada pelo gestor público. Ao administrador público é exigido o exercício da função administrativa que, necessariamente, vai muito além da tomada de decisões impostas por lei, realizando a todo momento escolhas difíceis entre um ou outro bem jurídico fundamental ao cidadão. Tais atos eminentemente decisórios não podem ser controlados pelo Tribunal de Contas, sob pena de extrapolação do seu perímetro de competência constitucionalmente atribuído.

Outro limite que precisa ser verificado diz respeito aos atos discricionários. Também no exercício do poder discricionário, a posição preferencial do detentor da legitimidade deve ser resguardada. Nunca é demais lembrar que o ato discricionário também é previsto por lei, inclusive o seu elemento de competência. Portanto, previamente apontado determinado agente para a prática do ato, é ele que deve exercer o critério de oportunidade e conveniência na análise do mérito administrativo.

Buscou-se, neste trabalho, tecer algumas considerações acerca dos posicionamentos doutrinários mais prevalentes quando o assunto é o controle do ato discricionário. De fato, é forçoso reconhecer que a doutrina mais moderna caminha para uma maior limitação do poder discricionário, cada vez mais sendo criados elementos supostamente aptos a conter a discricionariedade do representante legitimamente eleito. No entanto, ao nosso sentir, tais elementos limitadores do poder discricionário, detidamente o excesso de princípios normativos, não trazem maior objetividade ou segurança jurídica ao controle da atividade administrativa. Pelo contrário. O que se verifica é apenas a mudança do polo que irá exercer a discricionariedade: a escolha pública passa do representante eleito para um novo órgão julgador. O exercício da discricionariedade é transferido por vias tortas do controlado para o controlador.

Dessa forma, os atos discricionários que envolvem escolhas públicas normativamente afetadas pelo gestor público também não devem ser objeto do controle externo. A verificação de conformidade dos Tribunais de Contas deve se limitar aos elementos vinculantes dos atos

administrativos, não se imiscuindo no exercício diário de escolhas praticado pelo agente político.

Portanto, no âmbito de sua competência, o Tribunal de Contas pode e deve realizar o controle orçamentário-financeiro na aplicação de recursos e na realização de receitas. Trata-se de atos materiais da gestão pública, estes sim, condicionados à lei e a regras formais. Pugna-se pela construção de um Tribunal de Governança Pública que vise à melhoria da estrutura e da eficiência da Administração Pública, sem confundir a sua competência com atos de governo e decisões discricionárias administrativas.

Atualmente muito se fala na Administração Pública de resultados, e os Tribunais de Contas precisam se adequar a essa realidade de governança pública. Com a dinâmica inerente à gestão, não há mais espaço para a burocratização e o excesso de formalismos em uma boa administração da coisa pública.

Nesse sentido, a busca pelo resultado que traz satisfação e atende às necessidades dos cidadãos deve ser o foco. Por consequência, ao exercer a sua fiscalização, os Tribunais de Contas também devem levar em consideração o resultado de determinada Administração Pública.

A contabilidade pública, muitas vezes injustamente taxada como excessivamente formalista, reconhece a necessidade de um amplo controle de resultados da Administração Pública. Nesse sentido, Josedilton Diniz (2004, p. 61) afirma que, na avaliação dos resultados, o “principal objetivo não é o produto destinado à exploração econômica e voltado à lucratividade, mas sim o desempenho na execução das atividades, sejam elas meios ou fins, visando aos objetivos da organização e voltados à satisfação de necessidades”. Assim, o “resultado das atividades públicas aqui delineado está associado diretamente à eficiência, eficácia e efetividade das ações governamentais” e, portanto, “decorre da realização de seus objetivos e metas, com vista ao atendimento, através da prestação de serviços à sociedade”.

Para tanto, a adoção de critérios para a obtenção de resultados, por parte da gestão pública gerencial, envolve questões relevantes de mensuração, utilizando-se de indicadores físicos ou qualitativos para indicar os benefícios que constituem os objetivos e metas das políticas avaliadas (DINIZ, 2004, p. 62). É através dessa compreensão que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, oferece interessantes cursos a seus servidores e jurisdicionados acerca do “Papel da Avaliação de Controles Internos no Âmbito

da Governança Pública”¹⁴² e de “Indicadores Socioeconômicos”¹⁴³, os quais auxiliam o controle externo e interno na avaliação por resultados na Administração Pública.

Portanto, veja que vai muito além da análise de legalidade e das muitas vezes pragmáticas análises de economicidade. As Cortes de Contas, como um grande Tribunal da Governança Pública, podem e devem observar critérios quantitativos e qualitativos no exercício do controle externo. Nesse sentido, a ciência contábil ensina que

O resultado econômico em entidades públicas se apresenta como um novo paradigma para o *controller* de entidades públicas. Não basta saber quanto arrecadou e como gastou, é preciso evidenciar para a sociedade qual foi o resultado econômico produzido pelo gasto, quais e quantos foram os serviços prestados, qual é seu preço de mercado, qual a receita econômica produzida, se a entidade está produzindo lucro ou prejuízo econômico. A sociedade está ávida por informações que minimizem a assimetria informacional entre ela e o Estado. Evidenciar a eficiência na gestão dos recursos públicos é algo que deve ser perseguido; na Demonstração do Resultado Econômico será refletida com a apresentação de Lucro Econômico (SLOMSKI, 2011, p. 32).

Com todo esse cenário, e consubstanciado na sua *expertise* das contas públicas, o Tribunal de Contas deve focar na análise da governança administrativa, deixando de lado a excessiva preocupação com burocracia e formalismo, em uma atenção mais focada nos resultados buscados pela Administração Pública, mas sem, é claro, imiscuir-se na análise de decisões políticas ou tentar substituir as escolhas discricionárias do representante eleito democraticamente.

3.3 O Tribunal de Contas no combate à corrupção

A corrupção gera inegáveis danos à sociedade. Os seus efeitos corrosivos são vários: desde o mau exemplo no dia a dia da cidadania até a dilapidação do escasso patrimônio público. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),

¹⁴² Objetivo do curso: Reconhecer o papel do monitoramento e avaliação dos controles internos na administração pública. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/ecg/publico-alvo-municipal>. Acesso em: 29 fev. 2020.

¹⁴³ Objetivo do curso: Compreender o uso, a construção e aplicação de indicadores socioeconômicos em uma abordagem sistêmica na operacionalização do conceito de qualidade de vida urbana para os municípios brasileiros. Objetivos específicos: Sistematizar noções básicas para construção, uso e interpretação de indicadores socioeconômicos; Desenvolver modelagens que permitam a construção de sistemas de indicadores que viabilizem o monitoramento de ações governamentais. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/ecg/publico-alvo-municipal>. Acesso em: 29 fev. 2020.

a corrupção representa 5% do *Gross Domestic Product* global – expressão equivalente a Produto Interno Bruto – estimando-se o pagamento de mais de 1 trilhão de dólares todos os anos, adicionando-se um custo de 25% dos contratos públicos em países em desenvolvimento, afetando a economia e os direitos dos cidadãos¹⁴⁴.

Diversas são as obras e os artigos científicos que tratam, sob os mais diversos enfoques, do problema da corrupção na sociedade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991, p. 18), destacando o fato de que “não se passa um dia no Brasil contemporâneo sem que seja formulada uma acusação de corrupção”, trata o cenário de corrupção sob um enfoque social e político, concluindo que “as crises de valores a estimulam assim como determinadas visões individualistas e vulgarmente materialistas, como o consumismo”. Adiciona, por fim, que a corrupção também “é estimulada pela burocratização, pela interferência estatal na vida econômica” e, em especial, o próprio julgamento leniente que a própria sociedade faz em relação à corrupção.

Em interessante obra, Walfrido Warde (2019) trata dos problemas econômicos decorrentes da sistemática adotada no Brasil ao combater a corrupção. O autor trata da falta de planejamento nas medidas combativas que, por meio de um espetáculo midiático, destroem empresas para punir os empresários corruptos e minam a política para prender os políticos corruptos. A partir da compreensão de que a corrupção é uma das mais importantes causas da desigualdade social, o combate a ela não pode ser simplesmente o outro lado da moeda ao vilipendiar as empresas privadas que movimentam a economia nacional¹⁴⁵.

Em sua conclusão, Walfrido Warde tece críticas contra a forma de combate brasileiro à corrupção, propondo soluções de aperfeiçoamento do aparato institucional anticorrupção, que seja capaz de suavizar os efeitos colaterais que acaba por produzir.

De fato, a corrupção e o sistema brasileiro que visa impedir o cometimento de ilícitos são compostos de uma intrincada rede de regras, princípios, atores e instituições que

¹⁴⁴ “Corruption is one of the main obstacles to sustainable economic, political and social development, for developing, emerging and developed economies alike. Overall, corruption reduces efficiency and increases inequality. Estimates show that the cost of corruption equals more than 5% of global GDP (US\$ 2.6 trillion, World Economic Forum) with over US\$ 1 trillion paid in bribes each year (World Bank). It is not only a question of ethics; we simply cannot afford such waste” (OECD). CleanGovBiz Initiative - The rationale for fighting corruption: CleanGovBiz Integrity in Practice. Disponível em: <https://anticorruption-integrity.oecd.org/>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁴⁵ Exemplificando o alerta de Walfrido Warde, o grupo empresarial Odebrecht, após a descoberta do seu envolvimento em diversos atos de corrupção, acabou por demitir 80% dos seus funcionários, aumentando os já altíssimos níveis de desemprego no Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/17/4-anos-apos-se-ver-envolvida-nas-denuncias-da-lava-jato-odebrecht-perdeu-cerca-de-80percent-do-quadro-de-funcionarios.ghtml>. Acesso em: 27 jan. 2020.

produzem diretos efeitos na gestão e no dia a dia das cidades. Os Tribunais de Contas e os seus membros, como atores e instituições que são dessa intrincada rede, exercem papel central e produzem reflexos diretos na gestão da coisa pública.

3.3.1 A dificuldade em conceituar o ato de corrupção

Antes de qualquer digressão sobre o tema, é imperiosa a delimitação de um conceito de corrupção, pois a expressão “corrupção” importa em múltiplos significados. Tratando-se de um fenômeno que não é estudado isoladamente pelas ciências jurídicas, é até salutar os diversos contornos que são dados à compreensão do que é um ato de corrupção. Como marco conceitual, será utilizado o conceito da Transparência Internacional, que define corrupção como “o abuso de um poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado”¹⁴⁶. Opta-se pela utilização desse conceito especialmente por três motivos.

Primeiro, porque há de se enaltecerem a relevância na atuação concreta e os profundos estudos acadêmicos realizados pelo Movimento Transparência Internacional. Com atuação direta em dezenas de países – inclusive o Brasil –, essa instituição é totalmente vocacionada ao combate à corrupção e ao estudo de medidas voltadas a reduzir os efeitos danosos dos atos corruptivos. Devida a sua abrangência internacional, as pesquisas realizadas pela Transparência Internacional permitem a apresentação de um conceito de corrupção que se molda à estrutura normativa e institucional de qualquer Estado.

Segundo, porque tal concepção já é abarcada por grande parte da doutrina especializada. Por todos¹⁴⁷, destaca-se a obra de Susan Rose-Ackerman e Bonnie Palifka (2016), a qual se encontra entre as mais citadas academicamente quando se trata do estudo do combate à corrupção. Na compreensão das autoras, o elemento central do conceito apresentado seria o “poder confiado”, uma vez que da confiança conferida ao agente público há uma expectativa legítima de obediência às regras preestabelecidas.

Terceiro, porque verdadeiramente se julga que tal conceito de corrupção é o que melhor se adequa ao objetivo desta pesquisa. A corrupção que aqui interessa diz respeito aos atos que se relacionam direta ou indiretamente com o poder público, daí a relevância do

¹⁴⁶ Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

¹⁴⁷ Rememorando a doutrina mais clássica, Norberto Bobbio (2000, p. 291) define corrupção como o “fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa”.

conceito em dispor a confusão indevida entre o poder confiado e o interesse estritamente privado. Ademais, acerca do abuso do poder confiado, ao menos ao nosso sentir, está neste elemento o cerne na delimitação do ato de corrupção. A todo e qualquer agente público é dado um voto de confiança, independente da origem do seu vínculo. Mesmo aos que ingressam na Administração Pública por concurso público (e não por voto direito), existe esse elemento subjetivo, uma vez que, ainda que de maneira indireta, há a expectativa legítima e a presunção constitucional de que o aprovado em concurso público é o mais apto a atuar no cargo designado. Dessa forma, no ato de corrupção, o agente abusa da confiança que foi dada e extrapola os limites legais de sua atuação, visando exclusivamente ao interesse privado, em vez de se ater ao interesse público daqueles que lhe investiram no poder.

Em tempo, é importante destacar que a dificuldade na atribuição de um conceito único à corrupção enseja um problema prático, que vai influenciar inclusive na gradação da responsabilização de atos tidos como corruptos. Emerson Garcia (2003, p. 104) enuncia que “o termo corrupção, aos olhos do leigo e de não poucos operadores do direito, é o elemento aglutinador das condutas mais deletérias à função pública”. Após apresentar o seu próprio conceito¹⁴⁸, o autor indica a relação do que seria o ato de improbidade com o ato de corrupção, afirmando ser o primeiro gênero, enquanto o segundo é espécie. A par do rigor técnico apontado pelo autor, a práxis forense revela considerável confusão entre corrupção e improbidade administrativa, muitas vezes quando ambos são tratados como sinônimos. Uma vez que a Lei de Improbidade Administrativa dispõe um conceito amplo do ato de improbidade, muito se faz referência a quaisquer ilegalidades como se ato de corrupção fosse. Ao nosso sentir, improbidade administrativa e atos de corrupção precisam andar separados e em universos jurídicos diversos, até para fins de responsabilização cível, administrativa e penal, sob o risco de tratarem-se atos de diferentes níveis lesivos como se estivessem na mesma gradação.

Pois bem. Retomando ao combate do que se entende como corrupção na administração pública, o que há de mais relevante é a criação de mecanismos de controle que impeçam os

¹⁴⁸ Emerson Garcia (2003, p. 104) conceitua corrupção como “o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção”.

agentes públicos de cometerem atos corruptos. A tarefa não é fácil e vem sendo perseguida durante séculos¹⁴⁹.

Há elementos econômicos e racionais que também precisam ser considerados no combate à corrupção. Em obra clássica, o economista Gary Becker (1968) afirma que a chave para a compreensão da conduta ilícita está em assumir que os agentes cometem infrações apenas se os benefícios potenciais do ato ilícito superarem os riscos inerentes a eventual punição. Trata-se de uma escolha racional. É preciso compor um sistema com um conjunto de incentivos e sanções para que o indivíduo mude o seu comportamento a partir de um cálculo de custos e benefícios. Portanto, quanto maior a chance de detecção e punição, pior é o resultado do cálculo dos custos e benefícios relacionados à fraude.

A partir dessa lógica, Fernanda Scharamm (2019, p. 28) traz a seguinte e relevante sistematização:

Os incentivos para que o sujeito pratique um ato de corrupção podem ser traduzidos (i) na tentação que circunda a obtenção da vantagem indevida; ou (ii) nas pressões para a realização da conduta ilícita. Significa, noutros termos, que os agentes podem ser condicionados a atuar de forma desonesta, porque acreditam que podem obter benefícios – tentação – ou porque não anteveem outra opção – pressão.

Por sua vez,

Os custos – ou riscos – da prática do ato ilícito referem-se essencialmente (i) às chances de detecção da infração, diretamente ligadas aos mecanismos de fiscalização e à probabilidade de se identificarem condutas vedadas; (ii) à gravidade da penalidade respetiva; (iii) à certeza da sanção, ou seja, ao grau de efetividade do mecanismo punitivo: se, detectado o ilícito, a sanção é de fato aplicada ou se fica restrita ao plano da ameaça. (SCHARAMM, 2019, p. 29)

No mesmo sentido, a já supracitada Susan Rose-Ackerman (2002, p. 70) afirma que os atos de corrupção são determinados “pelo nível geral de benefícios disponíveis pelos poderes discricionários das autoridades, pelo risco das transações corruptas e pelo relativo poder de negociação do corruptor e do corrompido”. Veja que a doutrina da professora americana molda-se perfeitamente ao Brasil, onde é possível perceber o forte vínculo entre a Administração Pública e o empresariado, em relações que ultrapassam e muito o proliferado discurso de que mantinham relações meramente institucionais.

De outro lado, há elementos irracionais nos atos de corrupção – estes mais voltados à análise sociológica do combate a atos ilícitos – que também devem ser considerados no momento do combate da corrupção. As mais recentes operações que visavam desbaratar esquemas de corrupção revelaram um ambiente de naturalização de comportamentos

¹⁴⁹ Em artigo especialmente voltado ao tema da corrupção como fenômeno social e político, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991) apresenta contornos históricos acerca do tema, afirmando que a corrupção é presente nos povos desde a Antiguidade e possui um caráter universal.

corruptos¹⁵⁰ com a concordância de todo o sistema institucional, inclusive dos órgãos de controladoria externa¹⁵¹¹⁵². Forçoso reconhecer que a ambiência de desmoralização de mecanismos de controle de atos ilícitos acaba por replicar tal comportamento danoso que é imitado sistematicamente na Administração Pública.

Nesse sentido, em interessante estudo que versa sobre estímulos comportamentais no combate à corrupção, Natalia Costa (2017, p. 91) afirma que “a atuação das normas sociais é explicitada em virtude da influência exercida pela percepção do comportamento de outras pessoas no processo de decisão”. Temos aqui os *nudges*, que são as construções de ambientes no espaço decisório para influenciar a tomada de decisão, o que tem, a toda evidência, estreita relação com um cenário de combate à corrupção a partir da concepção de incentivos aos gestores públicos para que sejam estimulados e reeducados em tomar a atitude correta. De fato, as evidências sugerem que um quadro de escolha pública comportamental deve levar em conta que os formuladores de políticas e os reguladores são agentes comportamentais sujeitos a vieses cognitivos e a pressões políticas (QUIRINO, 2018, p. 984). Tratando-se de corrupção, o que se encontra é a naturalização de comportamentos ilícitos que acabam por perpetuar esquemas de corrupção.

De fato, há uma herança patrimonialista ainda enraizada no Brasil, fruto de séculos de absoluta ausência de instrumentos democráticos e de controle do poder. Significa dizer que a “a distinção entre a esfera pública e a privada parece ter sido incorporada de forma secundária – e incompleta – na formação do Estado brasileiro” (SCHARAMM, 2019, p. 48). É possível afirmar que o país se constituiu “sob a marca de pedidos particulares às autoridades públicas, favores, tratamentos distintos sem compromissos com a isonomia”, práticas históricas que são noticiadas até os dias de hoje. Em síntese, “as autoridades detentoras de poder se valeriam de uma posição privilegiada para fins particulares, negligenciando a natureza pública da função desempenhada” (SCHARAMM, 2019, p. 49). A confusão entre o público e o privado,

¹⁵⁰ Tamanho o volume de denúncias decorrentes da megaoperação alcunhada de “Lava Jato”, que os portais eletrônicos de notícias possuem editoriais específicos para catalogar as investigações decorrentes dessa operação. Destaca-se que tal procedimento muito se relaciona com a já citada obra de Walfrido Warde (2019), que trata da espetacularização do combate à corrupção. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁵¹ No Estado do Rio de Janeiro, cinco dos sete ocupantes do cargo de conselheiro foram presos a partir de uma delação premiada realizada por um outro conselheiro até então também preso. Supremo Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 897/DF. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

¹⁵² Também é possível encontrar denúncias em face de procuradores e promotores de justiça integrantes do Ministério Público Federal e Estadual. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/procurador-presos-na-lava-jato-recebeu-nove-repasses-via-setor-da-propina-da-odebrecht-23776089> e <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/08/ex-procurador-geral-de-justica-do-rj-claudio-lobes-e-presos.ghtml>. Acesso em: 27 jan. 2020.

arraigada nos antigos e novos caciques da política nacional, consiste em fenômeno social evidenciado em diversos relatos jornalísticos e megaoperações de combate à corrupção. Tal herança não é genética do brasileiro, mas sim uma questão sociológica que deve ser levada em consideração ao se editar uma política de reeducação de combate à corrupção.

Com todo o exposto, diversas e complexas são as causas que resultam no ato de corrupção. Apenas levando em conta as conspirações acima, será possível verdadeiramente atuar no combate à corrupção. Historicamente, o Brasil adota medidas reativas e responsivas a atos ilícitos, sem a devida precaução e antevisão para enfrentar um mal já tão institucionalizado na democracia brasileira. Atualmente, os operadores já buscam desenvolver instrumentos de *accountability* que tenham caráter preventivo e transacional.

Nas primeiras linhas deste trabalho, foi enaltecida a importância da *accountability* pública na conformação de um Estado Democrático. Como corolário do direito fundamental à boa administração, instrumentos de transparência, controle, freios e contrapesos são essenciais a um efetivo combate à corrupção. Vejamos, portanto, o cenário normativo vigente no Brasil acerca desse combate.

3.3.2 Accountability e compliance na Administração Pública

A *accountability* pública é o “conjunto de mecanismos e procedimentos que levam os decisores governamentais a prestarem contas dos resultados de suas ações, garantindo-se maior transparência e a exposição das políticas públicas” (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 82). Conforme o já exposto, a *accountability* pode ser vertical, quando é utilizado o mecanismo eleitoral como forma de exercício do controle sobre a atuação e performance do agente público; ou horizontal, quando um conjunto de procedimentos é incorporado à rotina da Administração Pública em geral por meio de mecanismos de controladoria interna e externa.

O combate à corrupção passa pelas duas expressões da *accountability*. Eleitoralmente, há regras previamente dispostas àqueles implicados em ações civis e criminais por atos corruptos, em clara forma de responsabilização horizontal do agente político corrupto. Administrativa e judicialmente, a legislação pátria possui um intrincado cenário normativo, atribuindo a diversas instituições a competência de combater a corrupção por meio do monitoramento da gestão pública, cenário no qual o Tribunal de Contas, a toda evidência, pode e deve exercer papel central.

Para além de todas as competências constitucionalmente atribuídas ao Sistema Nacional de Contas previstas no art. 71 da Constituição Federal – e daí remetemos o leitor à seção 1.4 – nos dias de hoje muito se fala na academia e nos corredores dos órgãos públicos dos programas de *compliance* como um dos instrumentos de *accountability* pública.

De plano, uma distinção terminológica precisa ser aqui realizada. Em alguns documentos públicos – na própria legislação esparsa, inclusive – é utilizada a expressão “programa de integridade” em vez de “programa de *compliance*”. A Controladoria Geral da União, ao interpretar a Lei federal nº 12.846/2013, trata o programa de integridade previsto expressamente no diploma legal como uma espécie de *compliance* especificamente voltando para prevenção, detecção e remediação dos atos de corrupção. Assim, a CGU trata a integridade como espécie do gênero *compliance*. No entanto, os dois vocábulos podem tranquilamente ser utilizados como sinônimos. Ao que parece, o legislador pátrio, ao utilizar a expressão “integridade”, buscou apenas traduzir o conceito de *compliance* utilizando a sua principal conotação, que é justamente manter a integridade das instituições públicas. De qualquer sorte, ao menos neste trabalho, as duas expressões serão utilizadas como sinônimos, uma vez que, salvo melhor juízo, esta foi a intenção legislativa.

Pois bem. Muito se fala em programas de *compliance*, mas fica desde logo o questionamento: o que são programas de *compliance*? O *compliance* “remete à ideia de conformidade, com a legislação ou com qualquer outra forma de regramento existente no âmbito das organizações – públicas ou privadas” (SCHARAMM, 2019, p. 19). Trata-se de “um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30).

Historicamente difundido nos Estados Unidos da América, a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) é a principal lei americana anticorrupção¹⁵³, tendo sido aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 1977. Revela-se um modelo para as leis anticorrupção de vários outros países, sendo uma das mais relevantes normas anticorrupção. Nos termos da FCPA, o *compliance* é um sistema corporativo de controles, proibições e procedimentos internos para garantir que a empresa cumpra as leis de combate à corrupção. Esses programas são direcionados para prevenir, detectar e lidar com eventuais desvios ou falhas de

¹⁵³ Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

conformidade que possam ocorrer¹⁵⁴. O *compliance* é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa.

Este é um aspecto que desde logo é imperioso destacar: os programas de *compliance* são precipuamente voltados ao setor empresarial, relacionando-se à empresa com a Administração Pública ou não. De qualquer sorte, cada vez mais se encontra na doutrina a expressão “*compliance* na Administração Pública”, seja para ditar os contornos jurídicos de uma controladoria da própria gestão pública como uma forma de *compliance* pública, seja para determinar regras ao setor privado que possui ou pretende possuir relações jurídicas e financeiras com o setor público.

Veja que a conceituação do *compliance* é até razoavelmente simples, pois já se encontra com certa facilidade doutrina especificamente voltada a essa área. O mais complexo é compreender essa dualidade entre o *compliance* empresarial e o *compliance* na Administração Pública, em especial os instrumentos que efetivamente irão combater – ou ao menos reparar – os danos ocasionados pela corrupção da coisa pública.

Vejam os o cenário legislativo para, então, verificar na prática como andam os efetivos instrumentos de *compliance*.

Já fora citada a FCPA como um dos marcos normativos do *compliance* como instrumento de combate à corrupção. De fato, é forçoso reconhecer que o movimento de combate à corrupção advém de forças estrangeiras, especialmente em virtude da herança patrimonialista já mencionada. A ideia de conformidade na gestão pública surgiu inclusive como forma de imposição para o recebimento de verbas internacionais e participação de empresas estrangeiras¹⁵⁵ que começavam a buscar atuar no mercado brasileiro. Foi nessa época, por exemplo, que foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, que dispunha sobre diversas ilegalidades no âmbito da Administração Pública, com sanções passíveis de aplicação tanto ao agente público como ao agente privado, adentrando, ainda que de forma

¹⁵⁴ O FCPA possui um sítio eletrônico com informações voltadas aos demais países da América. Disponível em: <http://fcpamericas.com/>. Acesso em: 23 jan. 2020.

¹⁵⁵ A Federação Brasileira de Bancos (Febraban) edita relevantes estudos e guias que versam sobre programas de compliance. Rememorando o início de tais programas no Brasil, a Febraban afirma que “a partir da década de 1990, com o crescimento da abertura comercial no Brasil, o país buscou alinhar-se com o mercado mundial de alta competitividade e, simultaneamente, os órgãos reguladores aumentaram sua preocupação em implementar novas regras de segurança para as instituições financeiras e a regulamentar o mercado interno em aderência às regras internacionais”. Daí o início dos debates acerca de programas de compliance no Brasil, muito em virtude da abertura ao mercado internacional que o Estado passou no início da década de 90 e a busca pelo alinhamento comercial com países mais desenvolvidos. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/noticia/3209/pt-br/>. Acesso em: 23 jan. 2020.

tangencial, no mesmo bem jurídico, objeto de análise, que a regularidade das relações internas e externas com a Administração¹⁵⁶.

Apesar de algumas regulamentações esparsas editadas por instituições públicas e privadas¹⁵⁷, sem dúvida foi a Lei federal nº 12.846/2013 que objetivamente foi direcionada ao tema do *compliance* como um instrumento de combate à corrupção. Tratada como a Lei Anticorrupção ou Lei do *Compliance*, a novel legislação federal é inspirada em diplomas internacionais multilaterais, tais como a Convenção interamericana contra a corrupção, editada pela Organização dos Estados Americanos¹⁵⁸, a Convenção sobre combate à corrupção de funcionários estrangeiros em transações comerciais internacionais, editada pela Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico¹⁵⁹, a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção¹⁶⁰, bem como em normas de países desenvolvidos como o já citado *Foreign corrupt practices act* e o *Bribery act*¹⁶¹.

Interessante notar que a ementa da Lei não faz menção especificamente aos atos de corrupção, estabelecendo apenas que a norma dispõe “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. No entanto, é inegável a *mens legis* de que o objetivo central da nova legislação é “tutelar a lisura comportamental dos agentes de mercado que se relacionam com o Poder Público no Brasil, impregnando os estratagemas comerciais com a noção corporativa de *compliance*” (FERRAZ, 2014b, p. 34).

¹⁵⁶ Importante destacar que já se debatem alterações na Lei de Improbidade. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/02/camara-discute-abrandar-lei-de-improbidade-criada-no-auge-das-denuncias-do-governo-collor.shtml>. Acesso em: 24 fev. 2020.

¹⁵⁷ No Brasil, há regras semelhantes, também de forma não taxativa, nos órgãos reguladores, como o Banco Central do Brasil (em especial as Circulares nos 3.461 e 3.462 de 24 de julho de 2009), a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, a Superintendência de Seguros Privados – Susep; bem como nos órgãos autorreguladores, como a BM&FBovespa Supervisão de Mercados – BSM, a Cetip S.A. Balcão Organizativo de Ativos e Derivativos, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – Anbima e a Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais – Apimec, além da Lei no 9.613/1998 e da Lei no 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 342).

¹⁵⁸ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁵⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁶⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Mais uma vez faz-se importante destacar que os instrumentos de *compliance* são voltados ao setor privado e não tanto a mecanismos de controle interno do setor público. Há uma terceirização no combate à corrupção, transferindo ao empresariado a responsabilidade inicial na articulação de medidas que impeçam atos ilegais na relação com a Administração Pública. Não se trata de posicionamento isolado da legislação brasileira. Conforme o já exposto, a Lei Anticorrupção foi inspirada em diplomas internacionais que seguiram a mesma sistemática, em que

o Estado, reconhecendo sua incapacidade, optou por buscar não mais uma regulamentação hetero-imposta, mas o que vem se chamando de uma auto-regulamentação regulada. Algumas premissas são dadas por ele, Estado, cabendo às empresas buscar códigos de conduta internos para melhor se adequarem à nova realidade (SILVEIRA; SCAFF, 2014)¹⁶².

Até por ser uma Lei voltada ao agente privado que busca se relacionar com a Administração Pública, a Lei federal nº 12.846/2013 prevê sanções passíveis de aplicação exclusivamente à pessoa jurídica¹⁶³, não aos sócios e representantes legais, os quais deverão ser responsabilizados com base em diversa legislação – Código Penal ou Lei de Improbidade Administrativa, conforme o caso concreto. Nesse sentido, é possível encontrar doutrina que trata o diploma legal como a Lei da Improbidade Empresarial, afirmando que

a lei de improbidade administrativa e a de improbidade empresarial são irmãs siamesas, de modo que os assentamentos jurisprudenciais e doutrinários construídos a propósito da primeira, já nos doze anos de sua vigência, serão o farol para a interpretação da nova lei, sem prejuízo de algumas peculiaridades distintas e das críticas sobre os exageros em torno da aplicação da Lei nº 8.429/1992 (FERRAZ, 2014b, p. 36).

Pois bem. O objetivo deste trabalho não é propriamente a análise da Lei Anticorrupção, mas sim os efeitos que dela decorrem no que a doutrina passa a chamar de *compliance* na Administração Pública.

Um primeiro ponto que se destaca é que a lei traz a previsão da responsabilização objetiva das empresas implicadas em atos de corrupção, isto é, o elemento subjetivo do dolo ou da culpa é dispensável para fins de aplicação das sanções previstas, ainda que possa ser considerado elemento na dosimetria da pena. Tal redação não é imune a críticas, havendo quem defenda que as penalidades previstas na Lei nº 12.846/2013 dependem sempre da análise subjetiva da conduta dos agentes empresariais (FERRAZ, 2014b, p. 37).

¹⁶² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso em: 1 mar. 2020.

¹⁶³ Ressalva-se a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em caso de abusos, prevista no artigo 14 da Lei Anticorrupção.

Um dos instrumentos de controle mais comentados é o acordo de leniência, previsto no art. 16 da Lei federal nº 12.846/2013. A celebração de acordo de leniência cumpre a lógica da valoração da probidade na gestão do público e do privado. Os seus requisitos evidenciam a transferência de responsabilidade do Estado para a iniciativa privada quando do combate à corrupção, tanto é que são requisitos a viabilizarem dito acordo que o agente privado (i) seja o primeiro a manifestar-se sobre o seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito; (ii) faça cessar o seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) admitida a sua participação no ilícito e coopere, plena e permanentemente com as investigações até o seu encerramento (PEREIRA JUNIOR; MARÇAL, 2018, p. 225). Veja, portanto, que uma das condicionantes para a realização de um acordo de leniência é que o agente privado, por meio dos seus próprios mecanismos de controle, apresente a sua denúncia espontânea acerca de ilícitos perpetrados contra ou com a ajuda da Administração Pública.

Ao tratar propriamente da sanção – até hoje um dos elementos mais utilizados como *enforcement* – a lei prevê inclusive sanções pecuniárias e administrativas que podem implicar inclusive a dissolução da pessoa jurídica responsabilizada. A inovação da lei, na verdade, não é nem a cominação das penas em si, mas sim a sua gradação: a dosimetria da pena levará em consideração o nível de efetividade do programa de integridade existente na empresa. Assim, valoriza-se o agente privado que concretamente possui, em sua estrutura, mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta aos seus funcionários (OLIVEIRA, 2018, p. 244).

A Lei Anticorrupção, a par de críticas sempre necessárias, acabou por se revelar um farol no combate à corrupção ao constituir, como obrigação legal às empresas interessadas na contratação com a Administração Pública, a efetivação de um sério programa de integridade, no qual a própria pessoa jurídica possua regras bem estabelecidas e mecanismos de controle interno que impeçam que os seus funcionários atuem em conluio e dilapidem a máquina pública.

A partir da legislação posta, a Controladoria Geral da União exerce papel central na estipulação do que seriam tais mecanismos internos de integridade. O Decreto federal nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, traz os elementos que devem compor um programa de *compliance* e os parâmetros para a relação entre agentes públicos e privados. Apontando os requisitos mínimos inerentes a um bom e efetivo programa de *compliance* através do art. 42 do referido Decreto, a CGU passou a orientar no Brasil o que realmente se entende por programa de *compliance*.

A exigência da criação de programas de integridade na iniciativa privada não foi medida exclusiva da União Federal. A partir dos parâmetros estipulados pela Lei Anticorrupção, diversos entes federados passaram a legislar sobre a matéria, como é o caso do Distrito Federal, Minas Gerais, Mato Grosso e Rio de Janeiro.

No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Lei fluminense nº 7.753/2017 foi bem ao prever a necessidade de as empresas implementarem programas de *compliance* para novas contratações com valores acima de R\$ 1,5 milhão para obras e serviços de engenharia e R\$ 650 mil para compras e serviços que tenham o prazo do contrato igual ou maior que seis meses. Apesar da boa intenção legislativa, o problema foi a parca regulamentação da lei pelo próprio ente federado, o que retardou a pronta exigibilidade dos programas de *compliance* a serem criados pelos contratantes da Administração Pública.

O grande foco nas leis estaduais – e aqui se dá especial atenção à legislação fluminense – é de se exigir a comprovação de um programa de *compliance* no momento da contratação pública¹⁶⁴. Realmente, a partir das denúncias que se veem diariamente expostas na imprensa nacional, é fácil perceber que o espaço das contratações públicas é a ambiência de grande parte dos atos de corrupção. Nesse cenário, os conceitos já expostos neste trabalho, como governança, boa administração pública e *accountability* se integram com os instrumentos de *compliance*. A Lei Anticorrupção felizmente inovou ao exigir do universo privado a concretização de medidas de combate à corrupção. No entanto, de outro lado, até em virtude dos conceitos administrativos supracitados, exige-se também, por parte da Administração Pública, a conjugação de esforços e instrumentos institucionais que resguardem a lisura no trato da coisa pública.

No exercício deste mister, temos o Sistema Nacional de Tribunais de Contas que deve também protagonizar o controle da Administração Pública, sem o cometimento de excessos por vezes verificados.

3.3.3 O papel da controladoria externa no combate à corrupção

¹⁶⁴ Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2017/12/pge-rj-recomenda-que-editais-de-licitacao-e-contratos-do-estado-exijam-que-fornecedores-tenham-programas-de-integridade?platform=hootsuite>. Acesso em: 24 jan. 2020.

Ao compulsar a Lei Anticorrupção, não é possível encontrar qualquer menção acerca do papel dos Tribunais de Contas como órgão ou instrumento no combate à corrupção¹⁶⁵. Na forma do art. 8º da Lei federal nº 12.846/2013, o processo administrativo de responsabilização por ato de corrupção deve ser processado e julgado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, admitindo-se a delegação de competência. No âmbito do poder Executivo Federal, a Lei prevê ainda competência concorrente da Controladoria Geral da União para também instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, podendo, inclusive, avocar outros processos instaurados que tenham o mesmo fundamento legal.

De fato, a Lei Anticorrupção confere papel central à CGU, órgão responsável pelo controle interno do Executivo federal, sem apresentar qualquer inovação ou instrumento ao órgão de controle externo. Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em seu sítio institucional, apresentou a sua frustração com a ausência das Instituições Superiores de Controle da novel legislação:

Olhando por esse aspecto, observa-se que a lei concentrou na alta autoridade dos órgãos ou entidades dos três Poderes a instauração, o julgamento e a apuração das responsabilidades nos processos administrativos, além de “prestigiar”, no âmbito federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central do sistema de controle interno, deixando de lado, em tese, o sistema de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, uma das principais instituições de controle no combate à corrupção na esfera administrativa, cuja missão é exercer a fiscalização e o controle dos recursos públicos em benefício da sociedade.¹⁶⁶

O ressentimento dos operadores do Sistema Nacional de Corte de Contas é notório e plenamente justificável. De fato, há manifesta interface entre os atos de corrupção tipificados da Lei Anticorrupção e o objeto da fiscalização perpetrada pelos Tribunais de Contas. É evidente que, no exercício da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, sob os aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade das contas, as Cortes de Contas detêm competência para verificar a desconformidade entre o ato e a ordem jurídica, inclusive a Lei Anticorrupção, o que pode resultar na punição dos agentes públicos ou privados envolvidos.

Com base nesse cenário normativo, o Tribunal de Contas da União primeiramente editou a Instrução Normativa nº 74/2015 em busca de resguardar a sua competência também

¹⁶⁵ No ano de 2015, até chegou a ser editada a Medida Provisória nº 703, que dispunha sobre o instituto do acordo de leniência, na qual se buscou atribuir aos Tribunais de Contas competência suplementar para avaliar os termos de leniência celebrados e, se julgasse necessário, instaurar procedimento para obtenção de ressarcimento ao erário em face da pessoa jurídica celebrante do acordo de leniência. Julgando que tal inovação legislativa traria insegurança jurídica aos acordos, a medida provisória perdeu a vigência sem que a atribuição de competência ao Tribunal de Contas fosse convertida em Lei.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/imprensa/artigos/1492-a-lei-anticorrupcao-e-os-tribunais-de-contas>

no que tange ao combate à corrupção. Através de firmes e valorosos “considerandos”, tentou adequar as suas atribuições institucionais com as soluções consensuais disponíveis à celebração de acordo de leniência com a autoridade máxima dos órgãos lesados e a CGU. No entanto, a Instrução Normativa não contribui de forma eficiente nem para a preservação da competência do Tribunal, muito menos para o combate à corrupção, ainda que dispusesse que a participação do TCU seria condição de eficácia para a celebração dos acordos. O fato é que a CGU continuou a atuar com certa independência na resolução consensual dos conflitos através da elaboração de acordos de leniência, limitando-se a estabelecer, nos acordos de leniência, cláusula à informação de que o processo de negociação foi devidamente comunicado ao TCU.

Veja que até mesmo os membros do Tribunal de Contas da União já enunciavam as dificuldades em articular os atores do combate à corrupção. Em artigo sobre o papel do controle externo na aplicação da Lei anticorrupção, o Ministro do TCU expôs que

as incertezas acerca dos limites de atuação de cada ator poderá gerar diversas controvérsias jurídicas que inevitavelmente retardam os procedimentos. Some-se a isso a insegurança jurídica decorrente dos limites de cada instância de apuração (v.g. abrangência dos efeitos do acordo de leniência sobre a atuação do TCU), a possibilidade de decisões contraditórias e a ocorrência de sanções em duplicidade pelo mesmo fato (ZYMLER, 2016, p. 25).

Evidenciando a dificuldade na transação entre os dois órgãos de controle, temos o Aviso Interministerial, de 22 de julho de 2018, assinado conjuntamente pelo Ministro da CGU e Advogado Geral da União e endereçado à presidência do TCU, em que foi afirmado que “a área técnica dessa Corte de Contas tem sistematicamente embaraçado o livre fluxo dessa política (de leniência)”. Em tal mensagem, foi destacado que as cláusulas dos acordos não envolvem a aplicação de recursos públicos, motivo pelo qual não se enquadrariam na competência fiscalizatória de natureza contábil, financeira ou orçamentária. Ademais, destacou-se o óbvio receio das partes envolvidas de que as informações obtidas por meio dos acordos fossem utilizadas contra a empresa que as forneceu. Nesse sentido, o Aviso assim dispunha:

[...] a equipe técnica desse Colegiado tem realizado reuniões com as comissões de negociação [composta por membros da CGU e da AGU] ... nas quais os auditores dessa Corte de Contas registram a necessidade de apresentação dos CPFs dos participantes para fins de responsabilização eventual, inquirindo os integrantes da comissão a respeito de cada cláusula e registrando resposta em ata. Tal postura tem gerado desnecessária situação de desconforto, quando é certa a ausência de competência dessa Corte de Contas para aferir a conduta de tais membros no âmbito dos acordos de leniência.”¹⁶⁷

¹⁶⁷ Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/ministro-do-tcu-rebate-criticas-de-agu-e-cgu-a-auditores-que-fiscalizam-leniencia/> e <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/novo-regulamento-do-tcu-sobre-acordos-de-leniencia-algo-mudou-01052019>. Acesso em: 1 mar. 2020.

Posteriormente, em mais uma tentativa, a Instrução Normativa nº 83/2018 do TCU revogou o regramento anterior e agora, de maneira mais realista, buscou uma posição mais colaborativa e subsidiária ao papel exercido pela CGU no que tange à celebração dos acordos de leniência. De acordo com o atual posicionamento do TCU, a Corte de Contas pode solicitar informações relativas às fases da celebração do acordo, e a sua fiscalização leva em conta os critérios de risco, materialidade e relevância do ato de corrupção objeto da transação. O ponto nodal da nova instrução normativa é o reconhecimento por parte do próprio TCU de que, ainda que possa avaliar as condições pactuadas, não há mais a exigência da fiscalização prévia do controle externo como condição de eficácia do acordo.

Veja que, ao tratar das inovações trazidas pela Lei Anticorrupção, o foco institucional do Sistema Nacional da Corte de Contas foi direcionado ao novo instituto do acordo de leniência. A postura recalitrante do controle externo é sintomática, uma vez que os órgãos de controle possuem sérias dificuldades em aceitar soluções consensuais ao conflito. No capítulo anterior, foi tratada a Nova Lei de Introdução de Normas ao Direito Brasileiro, que versa especificamente acerca de soluções consensuais, e que sofreu severas críticas por parte das organizações classistas de membros dos Tribunais de Contas. Da mesma forma, ao tratarmos do papel dialógico dos Tribunais de Contas, vimos a resistência dos órgãos com instrumentos como o Termo de Ajuste de Gestão, que poderia configurar uma releitura na governança pública. A sede sancionatória dos Tribunais de Contas acaba por falar mais alto, tanto que foi evidente o atrito do TCU com a CGU, órgão também vocacionado à fiscalização e ao combate à corrupção, mas que já percebeu que as inovações legislativas e as melhores práticas de gestão convergem na solução consensual de conflitos, ainda que envolvam graves casos de corrupção.

A onda de consensualidade na Administração Pública é um caminho já trilhado pelo Estado brasileiro e, data vênia, não é possível perceber qualquer sentido na resistência dos órgãos de controle externo em fazer o mesmo. Assim, é possível sugerir que o Sistema Nacional de Contas utilize as balizas normativas da Lei Anticorrupção para o exercício do seu mister, ao invés de constranger a solução dos conflitos, buscando detectar os atos de corrupção que ali estão descritos.

Por exemplo, a Lei de Integridade do Estado do Rio de Janeiro, no esteio da Lei Anticorrupção, não faz qualquer menção ao papel do Tribunal de Contas. No entanto, como os programas de integridade são exigidos na forma da Lei, as medidas de *compliance* empresarial serão bem-vindas ao exercício do controle externo. No entanto, sequer há notícia

de que o próprio Tribunal de Contas tenha exigido das empresas licitantes no Estado o comprometimento com programas de *compliance* na forma exigida por Lei.

Pois bem. Afastado do processo administrativo de responsabilização e dos acordos de leniências previstos na Lei Anticorrupção, qual então seria o papel do controle externo no combate à corrupção? Ora, os Tribunais de Contas têm, em sua rotina diária, a grande central de corrupção no Estado brasileiro: as licitações e contratações públicas.

De fato, é no momento da contratação pública que a maioria dos atos de corrupção ocorrem, até pelas vultosas quantias que a máquina pública movimenta. Há quem defenda que o problema reside no excesso de poder conferido ao gestor público, o que ocorre a partir de uma premissa de que a corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo Direito para escolhas prepotentes do agente público (JUSTEN FILHO, 2015). No entanto, as normas ditadas para a celebração de contratos por meio de processos licitatórios tratam precipuamente de atos e decisões vinculadas a serem tomadas pelo gestor público, o que mesmo assim não impede os atos de corrupção. A discricionariedade administrativa, muitas vezes apontada como a grande vilã na Administração Pública, não possui grande margem quando se trata de licitações e contratos (FORTINI; MOTTA, 2016). O que temos, sim, no momento das contratações públicas, é o excesso de burocracia e formalidades sem ligação direta com a segurança no certame e sem que sejam evitados os atos de corrupção.

É no exercício da sua atribuição constitucional de verificação da legalidade e economicidade de atos e contratos que o Tribunal de Contas exerce papel central no combate à corrupção.

Não há uma contratação ou movimentação orçamentária financeira da qual o controle externo não tenha ciência. Decorre de sua competência constitucional a análise de editais de licitação, inclusive com o poder de suspensão prévia de certames. É de sua competência também a verificação de conformidade dos contratos administrativos e a execução de despesas públicas. De qualquer sorte, os Tribunais de Contas, no exercício da *accountability* pública, tem a seu dispor um grande observatório da Administração Pública por meio da realização de inspeções e auditorias nas unidades jurisdicionadas. Por intermédio desses instrumentos de fiscalização,

os Tribunais de Contas podem exercer uma fiscalização que transborda o mero exame ou análise burocrática de documentos, processos, planilhas ou rituais de despesas públicas. Em inspeções e auditorias, o corpo técnico acessa direta e concomitantemente a atuação estatal, fiscalizando *in loco* a implementação de medidas administrativas, sem filtragem de qualquer espécie (WILLEMANN, 2017, p. 263).

É nesse sentido o posicionamento do TCU ao afirmar que a indução de melhorias nos “processos internos dos órgãos públicos, por meio de fiscalizações, impacta positivamente a prevenção à corrupção ao reforçar as linhas de defesa das instituições. E mesmo a expectativa de controle gerada pela atuação do Tribunal ajuda a coibir eventuais malfeitos”¹⁶⁸. Desde 2017, o TCU possui uma secretaria específica para o combate à fraude e corrupção – a Secretaria de Relações Institucionais de Controle no Combate à Fraude e Corrupção (SECCOR) – que tem como responsabilidade a articulação com os demais órgãos da rede de controle, além de sistematizar e articular a atuação do Tribunal no combate à fraude e corrupção.

A par da óbvia importância do combate à corrupção por parte do controle externo, o que decorre diretamente dos postulados democráticos da *accountability* pública e da boa administração, algumas ressalvas merecem ser feitas.

O discurso de combate à corrupção não pode justificar toda e qualquer medida interventiva. A punição ao cometimento de ilícitos não justifica abusos das autoridades julgadoras. O ministro Ricardo Lewandowski¹⁶⁹ alerta que o combate à corrupção não pode ser utilizado como “mote para permitir retrocessos”, o que seria justificado com uma visão moralista política deletéria ao Brasil. A já citada obra de Walfrido Wade vai no mesmo sentido, trazendo questionamentos acerca dos excessos e desmandos praticados sob o argumento genérico de se combater a corrupção.

O Tribunal de Contas exerce papel central no controle e na lisura das contratações públicas. A sua atribuição de ser o grande observador externo da Administração Pública lhe confere o poder de, no exercício da *accountability* horizontal, fiscalizar, impedir e punir o cometimento de mal feitos. No entanto, nem toda discordância de juízo é ilegalidade e nem toda ilegalidade é ato de corrupção. As Cortes de Contas precisam levar isso em consideração quando do julgamento dos agentes públicos e privados. No exercício de sua competência constitucional, outros postulados constitucionais também devem ser observados, tais como o direito à defesa, o respeito ao juízo de discricionariedade do gestor público legitimamente e a gradação das sanções impostas.

¹⁶⁸ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/>. Acesso em: 1 mar. 2020.

¹⁶⁹ Entrevista disponível em: <https://brasil.elpais.com/politica/2020-01-07/lewandowski-o-combate-a-corrupcao-no-brasil-empres-foi-um-mote-para-permitir-retrocessos.html>. Acesso em: 29 jan. 2020.

3.4 A relação entre a *accountability* horizontal e a *accountability* vertical: considerações acerca do reflexo eleitoral

A teoria clássica ensina que “na política, primeiro vem o poder, e então a necessidade de controlá-lo”. Assim, “ao enquadrar um governo, a grande dificuldade reside no seguinte: primeiro você precisa possibilitar que o governante controle o governado e, em um passo seguinte, obrigá-lo a se controlar” (SCHEDLER, 1999, p. 13). A *accountability* é expressão da limitação do poder democraticamente confiado a um representante. Na sua dimensão vertical e horizontal, os agentes públicos e/ou políticos são fiscalizados, responsabilizados e julgados por instituições independentes de controle ou pela soberania popular.

Dentre as instituições superiores de controle responsáveis pela dimensão horizontal, destaca-se o papel exercido pelos Tribunais de Contas, que exercem o controle externo na seara administrativa dos agentes públicos ou privados que movimentam recursos de natureza pública. De outro lado, na dimensão vertical, temos a sacralidade do voto popular que periodicamente manifesta o seu julgamento dos agentes públicos através do voto eleitoral.

Ocorre que, direta ou indiretamente, o exercício da *accountability* horizontal produz efeitos na *accountability* vertical, isto é, a medida de atuação dos Tribunais de Contas traz implicações práticas na vida eleitoral da cidade.

Como reflexo indireto, há uma inafastável relação entre o discurso de um suposto combate à corrupção, a repercussão dada pela mídia acerca dos fatos investigados e o *animus* que isso gera na população quando exerce o seu direito ao voto. Nesse sentido, Guillermo O’Donnell alerta que “o impacto das reivindicações sociais na mídia, quando denunciam e/ou exigem destituição ou punição dos atos alegadamente ilícitos de autoridades públicas, depende muito das ações que as agências propriamente autorizadas tomem para investigar” (O’DONNELL, 1998, p. 29). Dentre essas agências autorizadas a investigar, temos evidentemente os Tribunais de Contas que, através do exercício da sua *accountability* horizontal, pautam também os noticiários que tanto influenciam a população no momento do julgamento proferido na sua *accountability* vertical¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Exemplificando uma investigação do Tribunal de Contas da União que teve repercussão na imprensa. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/07/tcu-apura-denuncia-de-desvio-de-r-30-milhoes-na-regiao-serrana-do-rj.html>. Acesso em: 5 fev.2020.

Mais problemática que a repercussão midiática que esse ou aquele procedimento investigativo possui, talvez seja o questionamento acerca da própria escolha dos alvos de investigação. Isso porque a mídia

denuncia possíveis delitos, nomeia seus supostos responsáveis e divulga quaisquer detalhes que julgue relevantes. Algumas autoridades corruptas são, então, poupadas de punições que teriam provavelmente resultado da intervenção dos tribunais ou outras agências públicas. Outros, no entanto, que podem ser inocentes de qualquer impropriedade, assim como aqueles contra os quais nada pôde ser provado, se veem condenados pela opinião pública, sem o direito a algo parecido com um processo justo para sua defesa (O'DONNELL, 1998, p. 30).

Há, portanto, uma indissociável relação entre a seletividade midiática e aquela realizada no âmbito dos órgãos de controle.

A seletividade pode ocorrer no âmbito do próprio poder midiático, até porque parte significativa dos meios de comunicação vem paulatinamente apresentando ‘fontes’ pouco confiáveis e, o pior, prestando-se a interesses pouco nobres, pois sabem muito bem os prejuízos que eleitoralmente podem causar aos candidatos com veiculações que faltam com a verdade dos fatos (AIETA, 2017, p. 21).

Por sua vez, também na esfera administrativa, ocorre a seletividade e o direcionamento de investigações. Nunca é demais lembrar que “o Direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social” (BARROSO, 2009, p. 302). No mesmo sentido, Barroso (2009, p. 283) argumenta ser “falsa a crença de que o Direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro”, pois os juristas conseguem elaborar um “discurso de ocultamento das funções e do funcionamento do Direito na sociedade”. Utilizando o papel dos Tribunais de Contas, basta verificar a distinção do rigor aplicado na fiscalização dos municípios em comparação com a verificação de práticas do Governo do Estado.

Percebe-se, portanto, que os instrumentos investigatórios de agências públicas – tal qual o Tribunal de Contas – podem ser explorados midiaticamente, o que ensejará reflexos indiretos no julgamento que a população exerce no momento de depositar o seu voto neste ou aquele candidato.

No entanto, soma-se ao fato de que a *accountability* praticada pelas instituições de controle produz efeitos diretos na *accountability* vertical, uma vez que o julgamento pela rejeição de contas no âmbito do Tribunal de Contas ensejará a inelegibilidade do agente público, impedindo a sua participação na festa eleitoral.

Este é o objeto de estudo desta última seção: os impactos que o julgamento prolatado pelos Tribunais de Contas produz no exercício da *accountability* vertical. Trata-se da mais interventiva das sanções de prerrogativa das Cortes de Contas, influenciando diretamente na vida e na gestão política da cidade.

3.4.1 Accountability vertical e a soberania popular

A *accountability* expressa a contínua preocupação para o controle, a fiscalização e a responsabilização no exercício do poder. Mais do que uma técnica específica, o conceito de *accountability* abarca três diferentes formas de prevenção e correção do abuso do poder político: implica submeter o poder à ameaça de sanções; obriga o seu exercício a ser transparente; força o agente a justificar os seus atos. A primeira dimensão diz respeito ao *enforcemenet*, ao passo que as outras duas consistem no *answerability* (SCHEDLER, 1999, p. 14).

A distinção entre a *accountability* vertical e horizontal – apresentada nas primeiras linhas deste trabalho – diz respeito a quem serão prestadas as contas, isto é, quem são os agentes responsáveis pelo exercício da *accountability* (SCHEDLER, 1999, p. 22). Assim, na sua dimensão horizontal, o agente político presta contas e é avaliado pelas instituições superiores de controle, ao passo que, na vertical, o representante popular presta contas e é referendado pelo cidadão. Veja que a expressão “vertical” implica reconhecer que governante e governado não estão no mesmo patamar. Em uma “democracia representativa, a variante mais importante de um controle vertical que ocorre de cima para baixo é a *accountability* eleitoral, na qual os cidadãos julgam os seus representantes através eleições periódicas” (SCHEDELER, 1999, p.25).

O exercício da *accountability* vertical é a maior expressão da soberania popular em um Estado Democrático. Tratando-se do principal canal democrático de externalização direta da vontade do cidadão, o ato do voto eleitoral é a forma mais direta de avaliação, controle e responsabilização de um agente público, uma vez que o maior interessado – o cidadão – periodicamente renova ou revoga o poder confiado ao seu representante político. Quanto mais forte a democracia, maior o interesse pela *accountability*. Portanto, a “*accountability* governamental tende a acompanhar o avanço de valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação, representatividade” (CAMPOS, 1990, p. 33).

Dessa forma, pode-se afirmar que a *accountability* vertical é concretizada precipuamente através da realização de eleições livres e justas, nas quais “os cidadãos podem punir ou premir um mandatário votando a seu favor ou contra ele ou os candidatos que apoie na eleição seguinte” (O’DONNEL, 1998, p. 28).

No entanto, é importante ressaltar que não é apenas pelo exercício do voto que a *accountability* vertical é efetivamente concretizada. Pode-se dizer que a festa eleitoral é, sim, a principal forma de externalização dentre um conjunto de ferramentas de controle, mas não é a única. Para além das eleições, as reivindicações sociais e mesmo as denúncias de atos de autoridades públicas são instrumentos também abrangidos pelo conceito de *accountability* vertical, as quais existem apenas quando são garantidas a liberdade de opinião e a de associação, assim como o acesso a variadas fontes de informação conferida por uma mídia livre (O’DONNEL, 1998, p. 28). Veja que se trata de ferramentas que andam em paralelo a propriamente o exercício do voto, mas dão as verdadeiras condições para que as eleições sejam justas e livres.

No Brasil, conformado nos moldes de um Estado Democrático de Direito, trata-se com naturalidade a realização de eleições periódicas como se fosse algo que naturalmente nos fora dado. Mas nem sempre foi assim. De fato, a democracia brasileira é bem recente, tendo sido inaugurada com a proclamação da República em 1889. No entanto, de tão frágil, vários foram os períodos de interrupção democrática com as mais variadas formas e justificativas para arrochos ditatoriais. O ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 384) rememora vários desses momentos obscuros em nossa curta trajetória democrática:

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contragolpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, vice-presidente da República, deixou de convocar eleições após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como exigia a Constituição, permanecendo indevidamente na presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935, e o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contragolpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares, inicialmente, vetaram a posse do vice-presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964 veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional n. 5. Em 1969, o impedimento à posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e a outorga de uma nova Constituição pelos ministros militares.

O mais recente processo de redemocratização ocorrida no final da década de 1980 – espera-se que de forma definitiva – alçou o direito ao voto como direito individual do cidadão

e fundamento do Estado brasileiro. Assim, “o constitucionalismo democrático, que combina a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais, tornou-se o arranjo institucional dominante no mundo desenvolvido” (BARROSO, 2018, p. 414) e, ainda que com certo atraso, chegou ao Brasil.

A Constituição Federal de 1998 dispõe, no parágrafo único do art. 1º, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, sendo certo que a nossa Carta Magna prevê dispositivos de democracia direta e indireta. Em capítulo especificamente voltado aos direitos políticos, “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Daí o Brasil adotar como pilares do seu sistema institucional-eleitoral a democracia representativa e o sufrágio universal, dois conceitos que devem andar *paripassu*.

Constituído um Estado Democrático, a dificuldade consiste em estabelecer os meios para a manifestação da soberania popular, isto é, a forma como o povo irá externar a sua vontade. A racionalidade do problema é exposta com clareza por Dallari (2011, p. 152), ao afirmar que

Sobretudo nos dias atuais, em que a regra são colégios eleitorais numerosíssimos e as decisões de interesse público muito frequentes, exigindo uma intensa atividade legislativa, é difícil, quase absurdo mesmo, penas na hipótese de constantes manifestações do povo, para que se saiba rapidamente qual a sua vontade.

Continua o célebre autor ao afirmar que não desapareceu na prática o pronunciamento direto do povo, ainda que de amplitude bastante reduzida. Na CFRB/88, temos instrumentos, como o plebiscito e o referendo, que constituem formas de democracia semidireta¹⁷¹, ainda que imperfeitas, que permanecem vigentes na nossa conformação constitucional. No entanto, a partir das dificuldades acima elencadas, tornou-se inevitável o recurso à democracia representativa.

Em sua acepção mais ampla, “o sistema representativo se refere a um conjunto de instituições que definem uma certa maneira de ser ou de organização do Estado” (BONAVIDES, 2012, p. 258). Na democracia representativa, “o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em se nome, como se o próprio povo estivesse governando” (DALLARI, 2011, p. 157). Portanto, pela impossibilidade factual de confiar ao povo a prática direta dos atos de governo, é indispensável proceder-se à escolha dos que irão praticar tais atos em nome

¹⁷¹ O próprio Dalmo Dallari (2011) reconhece que há autores que sustentam que o referendo e o plebiscito são instrumentos de democracia indireta. No entanto, para Dallari, tais formas de expressão da vontade popular devem ser colocadas ao lado da iniciativa, veto popular e *recall*, as quais são reconhecidamente instrumento de democracia semidireta.

do povo. Tal processo de escolha passa pela compreensão do que o sufrágio e o exercício do direito ao voto.

O sufrágio é a própria essência do direito político, que “é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública” (BONAVIDES, 2012, p. 293). Sendo o sufrágio, o direito em si – o voto – é a forma de exercício desse direito. Vários foram os critérios utilizados através dos tempos para a escolha de governantes, até que, finalmente, o de eleição por meio do voto foi o critério adotado para a constituição de um Estado Democrático. De fato, “por mais imperfeito que seja o sistema eleitoral, a escolha por eleição é a que mais se aproxima da expressão direta da vontade popular, além do que é sempre mais justo que os próprios governados escolham livremente os que irão governá-los” (DALLARI, 2001, p. 183).

A Constituição Federal dispõe como cláusula pétrea o voto direito, a periodicidade das eleições, o sufrágio universal e o escrutínio secreto. Portanto, através de pilares democráticos, o documento fundante da república brasileira traz a petricidade da *accountability* vertical.

É no momento do voto conferido na festa eleitoral que o povo exerce a sua *accountability*. Após um inteiro mandato, o cidadão irá renovar ou revogar o poder confiado ao seu representante eleito que agora busca a sua reeleição ou sucessão.

3.4.2 Limites normativos à soberania popular

A Constituição Federal adotou, como regra constitucional para o exercício da soberania popular, o postulado do sufrágio universal, isto é, aprioristicamente, todos os cidadãos podem participar direta ou indiretamente da vida política da cidade. Temos aqui a base dos direitos políticos, que são “o conjunto de prerrogativas de direito público que atribui ao nacional a qualidade de cidadão, permitindo sua participação direta e indiretamente na formação e organização da vontade do Estado” (VASCONCELOS; SILVA, 2018, p. 44).

No entanto, a própria Carta Magna traz algumas exceções ao amplo exercício dos direitos políticos. A partir dos artigos 14 e 15 da Constituição Federal, é possível perceber que a ordem constitucional traz a dualidade entre elegibilidade e inelegibilidade para a aquisição da plena capacidade eleitoral passiva. Dessa forma,

para que determinado cidadão possa ser alçado a um mandato político necessita, primeiramente, ter a denominada capacidade eleitoral passiva, também chamada de direito público político subjetivo passivo. A capacidade eleitoral passiva nada mais é do que o direito de ser votado, isto é, a possibilidade de concorrer a um mandato eletivo (VASCONCELOS; SILVA, 2018, p. 64).

Algumas dessas restrições à capacidade eleitoral passiva vêm previstas expressamente na Constituição Federal, outras são delegadas à normatização em lei federal. Para que o cidadão possua o direito de concorrer a um mandato, deve preencher todas as condições de elegibilidade inerentes ao cargo eletivo e não incidir em nenhuma causa de inelegibilidade constitucional ou infraconstitucional.

As condições de elegibilidade, compreendidas como requisitos mínimos necessários a concorrer a mandato político, vêm delineadas no art. 14, §3º da Constituição, quais sejam: (i) possuir nacionalidade brasileira; (ii) estar no pleno exercício dos direitos políticos; (iii) ser alistado eleitoralmente; (iv) possuir domicílio eleitoral na circunscrição do pleito; (v) ter filiação partidária; e (vi) atingir a idade mínima para exercício específico do cargo.

De outro lado, a Constituição Federal também traz as causas de inelegibilidade e, caso o cidadão incida em alguma dessas hipóteses, não possuirá o direito (capacidade) de ser votado. A inelegibilidade, de acordo com a obra de Pedro Henrique Távora Niess (1994, p. 5) “consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. É a negação do direito de ser representante do povo no Poder.” Como inelegibilidades constitucionais temos, na forma também do art. 14 da Constituição, (i) os inalistáveis; (ii) os analfabetos; (iii) o Chefe do Executivo que busque nova reeleição em mandatos sucessivos¹⁷²; (iv) aqueles que não se desincompatibilizaram do exercício do cargo¹⁷³; (v) aqueles com determinadas relação de parentesco com detentores de poder político no executivo¹⁷⁴.

¹⁷² A redação original da Constituição vedava absolutamente a reeleição de chefe do poder Executivo. Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/1997, o art. 14, § 5º passou a admitir a reeleição por um único período sucessivo.

¹⁷³ Caso pretenda concorrer a mandato distinto do qual é titular, o chefe do poder Executivo, de qualquer dos entes da Federação, deve renunciar ao mandato que exerce no prazo de até seis meses antes do pleito. A renúncia é a desincompatibilização definitiva imposta pelo art. 14, § 6º, da Constituição.

¹⁷⁴ Também denominada inelegibilidade reflexa, pois não é resultante de condição pessoal do candidato, mas de laços de parentesco, visando evitar que se use a máquina do governo para ajudar candidatos que possuam ligação de sangue com gestores da máquina pública. Dessa forma, a Constituição tornou inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, dos Governadores, dos Prefeitos e de seus sucessores e substitutos, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição (VASCONCELOS; SILVA, 2018, p. 75).

Fala-se acima em “inelegibilidades constitucionais” porque a própria Constituição delega à lei complementar federal novas hipóteses de inelegibilidade que visem, conforme o expressamente disposto no art. 14, §9º da CFRB/88,

proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Essa norma constitucional de eficácia limitada se tornou plenamente eficaz e integrada através da Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Tratada como o grande estatuto das inelegibilidades, desde o advento da nossa Constituição Cidadã, estabelece as condições para a plena obtenção da capacidade eleitoral passiva, inclusive dispondo sobre processo eleitoral, competência dos órgãos julgadores e, é claro, as causas gerais e específicas de inelegibilidade.

Ocorre que a redação original da LC nº 64/90 foi considerada insuficiente para garantir a lisura do pleito eleitoral e impedir os maus gestores de concorrerem a cargos eletivos. A percepção generalizada de corrupção na Administração Pública ensejou a campanha pela edição da Lei da Ficha Limpa por meio de iniciativa popular, que resultou na edição da polêmica Lei complementar nº 135, de 4 de junho 2010. Alguns pontos sociopolíticos que envolveram a construção desse diploma legal merecem destaque e são necessárias à compreensão da problematização aqui trazida.

Interessante notar que um instrumento de democracia direta (ou semidireta, a partir do recorte doutrinário), como a iniciativa popular, prevista no art. 14, inciso III da Constituição, foi utilizada para reger o processo de democracia indireta, que é a escolha dos representantes eleitos. Tal fato, por si só, é merecedor de aplausos. Após anos de um regime ditatorial sem qualquer possibilidade real de mudanças democráticas, após apenas dez anos de ordem democrática, a população se organiza para impor mudanças incisivas no processo eleitoral.

A par do positivo avanço democrático, é preciso questionar se o fato de a lei complementar ter se iniciado através de campanha popular merece ser juridicamente valorado, uma vez que a Lei Complementar nº 135/2010 foi objeto de diversas arguições de inconstitucionalidade¹⁷⁵, inclusive acerca da observância das regras constitucionais de iniciativa popular¹⁷⁶, mais precipuamente no que tange à anterioridade na aplicação das

¹⁷⁵ Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30. Relator Min. Luiz Fux. Julgamento em 16.02.2012.

¹⁷⁶ A Lei da Ficha Limpa possui uma iniciativa popular, mas o seu devido processo legislativo não seguiu tais regras. De fato, o processo legislativo iniciado através de iniciativa popular exige a observância de diversas

inelegibilidades ali previstas¹⁷⁷. Isso porque, em diversos excertos que julgavam aspectos da aplicação (inclusive retroativa) do Estatuto da Inelegibilidade, Ministros do Supremo Tribunal Federal levaram em consideração um suposto valor no fato de a Lei da Ficha Limpa ter se iniciado por meio de uma proposta legislativa popular.

Ousamos discordar da posição majoritária da Corte Constitucional e, para tanto, é devido repisar as considerações do ministro Gilmar Mendes. Em seu voto, ele assenta que “o argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional”. Dessa forma, independente de pesquisas de opinião veiculadas que tratam de matérias constitucionais, é preciso rememorar que “a missão desta Corte é aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o *ethos* de uma Corte Constitucional”¹⁷⁸.

Outro ponto que foi muito debatido na doutrina e na jurisprudência foi a questão da violação da presunção de inocência nas hipóteses de inelegibilidade sem o trânsito em julgado. Vânia Aieta (2010, p. 23) destaca que “a presunção da inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, e o que a lei da ficha limpa pretende estabelecer é o ‘princípio da presunção da culpa’, com uma irresponsável campanha de ‘demonização dos políticos’”. De fato, a péssima redação da Lei Complementar nº 135/2010 traz problemas práticos até nos dias de hoje, ainda mais considerando interpretações inusitadas acerca do conceito do trânsito em julgado.

A bem da verdade, a aplicação retroativa da Lei da Ficha Limpa e a violação da presunção de inocência foram apenas alguns dentre os vários questionamentos apresentados em face da lei. Conforme o já exposto, diversas foram as arguições de inconstitucionalidade que foram suscitadas, tanto do controle difuso como no concentrado, porque o próprio mérito de uma lei que versa sobre inelegibilidade é necessariamente controvertido.

Restringir a capacidade eleitoral passiva de um cidadão é algo extremamente sensível. Além de impedir uma pessoa do povo de exercer cargo político, também restringe o leque de escolhas e possibilidades por parte da população. A inelegibilidade é uma causa de restrição do exercício da soberania popular ativa e passiva.

regras de difícil verificação, como veracidade das assinaturas subscrevente e devida abrangência nacional. Por isso, a partir da comoção popular (e não tecnicamente “iniciativa popular”) foi instaurado um processo legislativo comum, a partir de projeto de lei apresentado por deputados federais, abarcando o conteúdo do que se pretendia instituir através da iniciativa popular.

¹⁷⁷ Recurso Extraordinário nº 633.703. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 23.03.2011.

¹⁷⁸ Ação Direta de Constitucionalidade nº 30. Voto do Min. Gilmar Mendes. Julgado em 16.02.2012

Nesse sentido, interessante a crítica apontada por Vânia Aieta (2017, p. 20) ao discorrer sobre a criminalização da política:

Campeia no mundo jurídico, com esteio no credo liberal e conservador, a tentação de buscar alicerce, no âmbito penal, nas instituições policiais e penitenciárias e, no âmbito eleitoral, nas condenações às penas de inelegibilidade, através da defesa do encarceramento e, em especial, conforme já asseverado, pela punição mais cruel aos representantes eleitos pelas classes menos favorecidas que é a inelegibilidade, um verdadeiro “banimento do mundo político”, condenando-se tais representantes à invisibilidade política.

Importante pontuar que aqui não se questiona a constitucionalidade ou não das causas de inelegibilidades. As hipóteses são várias e este não é o objeto deste trabalho. O fato jurídico posto é que a Constituição Federal remeteu à lei complementar a ampliação de causas de inelegibilidade. O que se questiona aqui, na verdade, é justamente o mérito e a consequência de existirem causas que impeçam a capacidade passiva eleitoral do cidadão.

A incidência em uma inelegibilidade impede a participação eleitoral de determinado indivíduo e o exclui do pleito eleitoral. O agente é antecipadamente impossibilitado de gerir a coisa pública, quando, na verdade, tal escolha – a *accountability vertical* – deveria ser realizada soberanamente pela população.

Por todos, o exemplo mais ilustrativo é a tentativa frustrada de concorrer à eleição por parte do ex-presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva. O Tribunal Superior Eleitoral, em decisão soberana em sua atribuição de competência, negou registro de candidatura ao ex-presidente sob o fundamento de que o pretense candidato tinha incidido em uma causa de inelegibilidade. Portanto, não havendo capacidade eleitoral passiva, não poderia disputar as eleições¹⁷⁹.

Ocorre que diversas pesquisas eleitorais o colocavam muito bem posicionado na corrida presidencial. Não é possível prever o resultado das eleições, mas o fato jurídico é que, em virtude de sua inelegibilidade, a população não pode exercer a sua soberania e o seu *accountability vertical* ao julgá-lo nas urnas, seja para aprová-lo ou reprová-lo. O leque de escolhas foi reduzido na medida em que uma parcela de eleitores não pode votar no seu candidato de predileção e a população como um todo foi impedida de exercer a sua *accountability*.

Veja, portanto, que o Estatuto das inelegibilidades possui estreita relação com o exercício da soberania popular, tanto na capacidade de votar como em ser votado. Não é

¹⁷⁹ Tribunal Superior Eleitoral. Registro de candidatura Nº 0600903-50.2018.6.00.0000 – Brasília – Distrito Federal. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 31.08.2020. Notas explicativas do julgamento disponíveis em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>.

apenas o inelegível que tem a sua esfera de direitos atingida com a perda da capacidade eleitoral passiva, mas também uma série de cidadãos que tem a sua capacidade ativa restringida por não poder votar naquele agente pelo qual se vê representado.

De qualquer sorte, na medida no mandamento constitucional, a Lei Complementar nº 64/90, com as alterações dadas pela Lei complementar nº 135/2010, estabelece o Estatuto das inelegibilidades infraconstitucionais, as quais restringem a capacidade eleitoral passiva do cidadão. A proposta, na forma exarada pelo poder constituinte, é proteger a normalidade, legitimidade e moralidade das eleições.

Diversas são as hipóteses legalmente previstas, havendo causas relacionadas a sanções criminais, cíveis e administrativas. Como objeto de estudo, trata-se, neste momento, da inelegibilidade do gestor público que teve a sua prestação de contas rejeitada pelo Tribunal de Contas.

3.4.3 Inelegibilidade por rejeição de contas: a interseção entre a *accountability* horizontal e a vertical

Várias são as causas de inelegibilidade. No exercício do controle externo, uma hipótese merece destaque no rol do art. 1º, inciso I da Lei complementar nº 64/90:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

A ideia central é que, com vistas a resguardar a probidade administrativa e considerando a vida pregressa do candidato, o gestor público que teve a sua prestação de contas rejeitada está inelegível e, por isso, impedido de concorrer no pleito eleitoral. Essa é a *mens legis* do enunciado normativo. No entanto, a redação construída pelo legislador não é a das mais felizes e gera profundos debates na doutrina e na jurisprudência.

O primeiro destaque é que as contas do gestor público devem ter sido rejeitadas por decisão irrecurável do órgão competente.

O gestor público presta contas de sua administração a todo momento, como uma consequência natural da *accountability* horizontal realizada pelos Tribunais de Contas. No

entanto, para compreender as minúcias desta hipótese de inelegibilidade, vale lembrar a distinção entre as contas de governo e as contas de gestão, já apresentada na Seção 1.4 deste trabalho.

Rememorando o tema, as contas de governo dizem respeito à prestação de contas do chefe do Executivo acerca dos gastos globais do seu governo, isto é, o cumprimento do orçamento, planos e programas de governo. Por sua vez, as contas de gestão dizem respeito ao ordenador de despesas, seja ele o chefe do Executivo ou não, nas quais o Tribunal de Contas verifica a legalidade da execução orçamentária e do dispêndio financeiro propriamente dito.

Nesse cenário dual, *a priori*, as contas de governo do presidente, governadores e prefeitos são julgadas pelo poder Legislativo a partir do parecer prévio elaborado pelo Tribunal de Contas, ao passo que as contas de gestão dos demais administradores públicos são julgadas autonomamente pelas Cortes de Contas. Ressalva-se a prestação de contas do chefe do Executivo municipal que, a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal, também terá a sua conta de gestão julgada pela Câmara Municipal.

Pois bem. A partir dessa distinção técnica, é possível compreender que todos aqueles que tiveram as contas de gestão rejeitadas pelos Tribunais de Contas e/ou contas de governo rejeitadas pelo Poder Legislativo encontram-se inelegíveis. De forma a dar conformação sistemática à regra, é preciso atentar que a lei faz menção à “decisão irrecorrível do órgão competente”. Por isso se faz relevante tal distinção, uma vez que, a depender da natureza da prestação de contas, o órgão competente a julgar as contas de governo e de gestão pode variar. É por isso que, ainda que as contas de governo do prefeito ou do governador tenham sofrido um julgamento desfavorável pelo Tribunal de Contas, ainda não há inelegibilidade do mandatário, uma vez que o julgamento de suas contas se aperfeiçoa no poder Legislativo.

Portanto, é a partir do sistema acima que define a competência no julgamento do administrador, que é possível verificar a definitividade da rejeição das contas prestadas.

O segundo ponto que merece destaque é o elemento qualificador da rejeição das contas: a irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade. Não basta que a conta tenha sido rejeitada pelo Tribunal de Contas ou pelo Legislativo. A irregularidade que serve de fundamentado do julgamento deve ser insanável e configurar ato doloso de improbidade administrativa.

Adriano Soares da Costa (2013, p. 211) categoriza como insanável

o ato administrativo nulo, em razão do descumprimento doloso de norma cogente de fundo e de forma; assim, o ato de gestão ilegal ou antieconômico (atos que causem dano ao erário por desfalque, que desvie dinheiro, bens ou valores públicos) como prescreve o art. 16 da Lei nº 8.443/92.

Ousamos discordar do célebre autor, uma vez que, além de confundir com o elemento subjetivo do dolo, deixa de prescrever a principal característica da irregularidade insanável, que é a sua irretratabilidade. A irregularidade insanável não pode ser revertida e nem remediada. Cometido o ato insanável, não pode o gestor público retornar ao *status quo ante*. Assim, as “irregularidades insanáveis são as que causam prejuízo irreparável, quer ao erário, quer aos administrados, não admitindo correção” (NIESS, 1994, p. 76). No mesmo sentido, José Jairo Gomes (2019, p. 279) compreende que a irregularidade insanável

só se configura se a irregularidade detectada for irremediável, ou seja, se for insuperável ou incurável. Assim, pequenos erros formais, deficiências inexpressivas ou que não cheguem a ferir princípios regentes da atividade administrativa, evidentemente, não atendem ao requisito legal. Dados o gigantismo do aparato estatal e a extraordinária burocracia que impera no Brasil, não é impossível que pequenas falhas sejam detectadas nas contas.

É preciso destacar que a dificuldade de conceituar o que se entende como irregularidade insanável é muito mais da doutrina do que da própria realidade prática, pois, ao prolatar o seu julgamento, os Tribunais de Contas fazem a distinção entre as impropriedades, que são ilegalidades sanáveis, e irregularidades, que são as ilegalidades insanáveis. Portanto, a par da dificuldade doutrinária em conceituar a irregularidade insanável, os próprios julgamentos dos Tribunais de Contas já servem para demonstrar o norte interpretativo.

Questão mais complexa diz respeito à infeliz expressão “ato doloso de improbidade administrativa”, que acaba gerando um certo casuísmo nos julgamentos.

Foi bem o legislador quando exigiu o elemento subjetivo do dolo. Ainda que de difícil apuração na prática, a exigência do dolo representa uma garantia mínima do gestor público de que meros infortúnios não o impedirão de disputar pleitos eleitorais. O gestor público é assessorado por um sem número de técnicos que instruem o seu atuar. Eventual responsabilização por ato culposo direto ou *in eligendo* configuraria uma impensável insegurança jurídica ao agente político.

Não teve a mesma sorte o legislador quando confundiu o instituto da rejeição de contas com o ato de improbidade administrativa. A bem da verdade, a Lei de Improbidade Administrativa já representa um problema jurídico por si só e, além disso, o ato de improbidade administrativa já é causa autônoma de inelegibilidade prevista na alínea “I” da Lei Complementar nº 64/90¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Veja que tanto a alínea “I” como a qualificadora da rejeição de contas foram inseridas pela Lei da Ficha Limpa. Especificamente quanto a sua relação com o julgamento exercido pelo Tribunal de Contas, a intenção legislativa é plenamente justificável. O *móvel* era adequar a Lei a uma interpretação que já vinha sendo sedimentada pelo Tribunal Superior Eleitoral, de que nem toda irregularidade apontada pelo Tribunal

O julgamento das contas no exercício da *accountability* horizontal não necessariamente implicará ato de improbidade administrativa, apesar da repreensível abertura típico-normativa contida nos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92. Considerando o exagerado subjetivismo da Lei de Improbidade, a adequação entre a irregularidade insanável e o ato de improbidade é sujeito ao casuísmo do julgador que irá deferir o registro de candidatura, já que, na imensa maioria das vezes, há um lapso temporal considerável entre a rejeição de contas e o pronunciamento judicial definitivo em ação de improbidade administrativa.

O Tribunal Superior Eleitoral possui grande espectro de conhecimento na hipótese de inelegibilidade ora estudada. Apesar de esbarrar na competência privativa de outros órgãos – em especial aqueles para o julgamento das contas – a verificação de adequação da irregularidade insanável como ato de improbidade abre uma perigosa janela interpretativa ao órgão com jurisdição em matéria eleitoral.

Nesse sentido, José Gomes (2019, p. 288) até enaltece o teor da Súmula nº 41 do TSE, a qual dispõe que “não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros Órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade”. Então, de fato, não é dado à cognição da Justiça Eleitoral rever o mérito dos atos emanados do Tribunal de Contas e da Casa Legislativa. No entanto, como é preciso que seja verificado se a irregularidade detectada pela Corte de Contas e/ou pelo Legislativo configuram atos dolosos de improbidade administrativa, faz-se forçoso reconhecer que a cognição do juiz eleitoral não é assim tão bem delimitada.

Pois bem. A legislação federal traz, como causa de inelegibilidade, a rejeição de contas do gestor público em virtude de irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa. A par da possibilidade do julgamento dual proferido pelo poder Legislativo¹⁸¹ e da necessidade de avaliação da irregularidade também pela Justiça Eleitoral, o fato é que o julgamento dos Tribunais de Contas possui influência direta na capacidade eleitoral passiva do agente público, ainda mais considerando a irreversibilidade do julgamento do controle externo enunciado na súmula nº 41 do TSE.

Tanto é que, às vésperas de cada eleição, os Tribunais de Contas enviam uma lista com os processos e agentes públicos que tiveram contas rejeitadas (de gestão, de governo e

configurasse necessariamente a inelegibilidade do gestor público. Ocorre que a redação proposta não foi a das mais felizes.

¹⁸¹ Vale lembrar que o quórum de votação para aprovação das contas pelo Legislativo depende do parecer prévio favorável ou desfavorável do Tribunal de Contas, conforme já visto na Seção 1.4.

tomada de constas especial) para o Tribunal Eleitoral¹⁸². A partir dessa lista e dos pedidos de registro de candidatura, o Ministério Público e os adversários eleitorais podem questionar o registro de candidatura do *player* eleitoral que se encontra na listagem remetida pela Corte de Contas¹⁸³. Veja que a inelegibilidade não é automática, não basta constar da lista enviada pelo Tribunal de Contas para que o cidadão seja considerado inelegível. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, em portal específico sobre o tema, enuncia que não é o órgão de controle externo que “declara a inelegibilidade de responsáveis por contas julgadas irregulares. Essa competência é da Justiça Eleitoral. Ao Tribunal cabe apresentar a relação das pessoas físicas que se enquadram nos requisitos legais”¹⁸⁴. No entanto, é a partir da listagem de contas rejeitadas que será verificada a capacidade eleitoral passiva do candidato.

A hipótese de inelegibilidade em virtude de contas julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas é o caso mais evidente de sanção política dessa instituição superior de controle. Não há consequência política mais grave do que impedir a participação do gestor público no pleito eleitoral. E veja que a consequência política não ocorre por extrapolação de competência da Corte de Contas, pelo contrário; no seu estrito perímetro constitucional, o Sistema Nacional de Contas influencia diretamente a vida política da cidade.

Inúmeros são os casos em que o exercício da *accountability* horizontal influencia na *accountability* vertical¹⁸⁵. Diversos são os cidadãos que constam da lista de inelegibilidade e tem a sua capacidade eleitoral restringida por conta do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas. Por consequência, temos uma população com o leque reduzido de *players* eleitorais impedidos de representá-los por conta de tecnicidades muitas das vezes não experimentada diretamente pelo cidadão. Mesmo se sentindo representado pelo determinado agente político, por conta de violação de normas que fogem à compreensão do cidadão comum, o indivíduo não pode eleger aquele que julga melhor atender aos seus anseios

¹⁸² Bastante ilustrativa a reportagem no portal institucional do Tribunal Superior Eleitoral, publicada quando o TSE recebeu a listagem do Tribunal de Contas para a eleição de 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Julho/tse-recebe-lista-de-gestores-publicos-que-tiveram-contas-rejeitadas-pelo-tcu>. Acesso em: 7 mar. 2020.

¹⁸³ No âmbito federal é possível consultar o nome de qualquer gestor através do portal do TCU. Disponível em: <https://contasirregulares.tcu.gov.br/ordsext/f?p=105:2:::NO:RP,2,RIR:>. Acesso em: 7 mar. 2020.

¹⁸⁴ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/duvidas-frequentes/lista-de-inelegiveis.htm>. Acesso em: 7 mar. 2020.

¹⁸⁵ Nas eleições municipais fluminenses de 2016 podemos citar os casos dos atuais prefeitos Carlos Bussato Júnior (Itaguaí) e Washington Reis (Duque de Caxias) que, apesar da reconhecida inelegibilidade pelo TER-RJ, obtiveram a maioria dos votos em seus domínios eleitorais.

eleitorais. Para tanto, basta verificar a quantidade de candidatos que obtém uma expressiva votação e, após as eleições, tem a sua candidatura rejeitada pelo órgão eleitoral.

O intervencionismo na gestão pública e as consequências eleitorais apenas evidenciam que, no exercício do seu feixe de atribuições, o Tribunal de Contas atua diretamente no cenário político da cidade. A condução da gestão política é um dos aspectos centrais desse fenômeno social que é a vida na cidade e, indubitavelmente, o exercício do controle externo possui implicações diretas no exercício soberano da *accountability* vertical.

CONCLUSÃO

Os Tribunais de Contas exercem papel fundamental para garantia de uma democracia clara e transparente. A eventual responsabilização do agente público, o dever que ele tem de prestar contas de sua administração e de conferir real transparência aos seus atos de gestão são consectários do direito fundamental à boa administração pública que, em última *ratio*, consistem em elementos garantidores e estabilizadores de um Estado Democrático. O exercício autônomo e independente da *accountability* horizontal praticada pelas Cortes de Contas, tal qual delineado pela Constituição Federal, muito além de simplesmente prestar auxílio ao Poder Legislativo, serve também a apontar e controlar instrumentos de governança pública com fins a da racionalização dos gastos e serviços públicos.

A composição do quadro de servidores e do órgão diretivo merece especial destaque. Por conta da redemocratização consubstanciada na Constituição Cidadã de 1988, os servidores que compõem o quadro técnico dos Tribunais de Contas são selecionados através de concurso público aberto a todos que visam a ocupação dos cargos públicos existente na estrutura institucional. Assim, o pessoal que labuta diariamente na área de fiscalização e controle da administração pública (técnicos, analistas, auditores e profissionais de várias expertises) é selecionado de maneira impessoal e exclusivamente em função do seu conhecimento na área de atuação. Além disso, enquanto ocupantes de cargos públicos, possuem estabilidade e segurança no exercício de sua função, garantindo que a atuação da controladoria externa ocorra de maneira independente e profissional. É justamente esse perfil de composição do corpo instrutivo que dá o contorno de órgão técnico ao Tribunal de Contas.

Os órgãos diretos dos Tribunais de Contas, por sua vez, possuem uma natureza híbrida que alinha (ou deveria alinhar) a competência técnica com representatividade política. Foi visto que a cúpula das Cortes de Contas é composta por membros (Conselheiros ou Ministros) que são indicados através um diálogo político-institucional realizado entre os Poderes Executivo e Legislativo dos entes federados. No entanto, a indicação política não é totalmente livre. A Constituição Federal delineia alguns requisitos de competência técnica que devem ser observados por aquele que pretende ocupar o mais alto cargo dos Tribunais de Contas. Daí ser possível afirmar que os Tribunais de Contas possuem uma composição técnico-política, uma vez que o seu corpo instrutivo é eminentemente técnico a partir de uma seleção impessoal que se dá através do concurso público, mas o seu órgão decisório é composto por membros que, ainda que detenham também competência técnica, necessitam da

articulação política para serem indicados e alçados ao órgão de cúpula por indicação do Chefe do Executivo e/ou Poder Legislativo.

Ao nosso sentir, muito bem foi o Poder Constituinte ao dotar de contornos técnico-políticos o órgão de cúpula do Tribunal de Contas. De fato, o feixe de atribuições da fiscalização orçamentário-financeira exige a expertise e competência técnica e, para tanto, nada melhor que seleção de profissionais através de concurso público, ressalvado, é claro, os cargos de assessoramento, chefia e direção excepcionados pelo art. 37, inciso V da Constituição. No entanto, por mais técnico e profissional que seja a atuação, é fundamental não estabelecermos uma tecnocracia no controle da Administração Pública. Considerando que a própria gestão pública implica na real necessidade de se alinhar a técnica com fatores político-sociais, o exercício do controle externo deve levar em consideração não apenas questões técnicas, mas também tais fatores político-sociais a que são submetidos os gestores públicos. Por isso a pertinência no fato de que Conselheiros e Ministros são apontados por órgãos eminentemente políticos, como o Chefe do Executivo e o Poder Legislativo. A origem no seio político confere não apenas legitimidade para o controle externo dos gestores públicos, mas também consideração pelos fatos políticos que invariavelmente influenciam a gestão pública.

Apesar de estarmos em momento social onde paulatinamente cresce a criminalização da atividade política, forçoso reconhece que a política está no âmago da vida em sociedade. As cidades - espaço de fenômeno social complexo onde as pessoas se relacionam – são conduzidas por atores sociais eleitos e que movimentam a máquina pública com vistas a realizar o bem estar social e as funções sociais da cidade. É considerando as externalidades desse fenômeno social que o agente político conduz a gestão democrática da cidade e, por consequência, é também considerando tais externalidades que a sua administração deve ser controlada.

Veja que, pelo rol de atribuições previstos constitucionalmente, os Tribunais de Contas atuam em áreas extremamente sensíveis da Administração Pública que, ainda que o controle exercido leve em considerações elementos estritamente técnicos, invariavelmente haverá consequência políticas a serem consideradas. Soma-se ao fato que, mais uma vez considerando a criminalização da política, o permissivo genérico de “combate à corrupção” consiste em uma porta aberta para justificar abusos de competência, desvios de finalidade e interpretações inovadoras de ditames legais clássicos. A partir de um ideário popular quase messiânico de combate à corrupção, diversas ilegalidades e inconstitucionalidades são perpetradas sem qualquer pudor e com larga aceitação da população.

O Tribunal de Contas exerce posição central no combate à corrupção e por isso também sofre os efeitos dessa criminalização da atividade política. A competência constitucional de fiscalização orçamentário-financeira atribuída às Cortes de Contas faz com que a sua atividade central seja justamente o controle dos gastos públicos, lhe permitindo detectar de antemão eventuais malfeitos. Neste cenário, fundamental que seja realizada uma releitura do perímetro constitucional dessa Instituição Superior de Controle e aprofundar a dogmática acerca dos poderes e limites conferidos à essa Instituição Superior de Controle tão sensível à vida política das cidades, especialmente porque as sanções passíveis de aplicação (todas previstas em norma jurídica) possuem forte cunho político.

É a partir deste cenário que é forçoso que reconhecer que invariavelmente a atuação constitucional dos Tribunais de Contas irá influenciar diretamente na vida política da cidade. A gestão da coisa pública, por si só, é uma atividade de natureza política que é atingida – para o bem e para o mal – pela controladoria externa da Administração. Aqui, dentro do rol de competências do Sistema Nacional de Tribunais de Contas, destacam-se algumas situações onde a atividade técnica esbarra no discernimento político dos agentes públicos envolvidos.

Os entes federados vêm passando por graves crises financeiras nos últimos anos, o que importa na redução de serviços públicos, desemprego, desinvestimento em infraestrutura urbana e redução na qualidade de vida nas cidades. O retrocesso social que a falta de recursos gera pode ser previamente detectada pelos Tribunais de Contas, vez que o seu mister é justamente o controle das contas públicas. No entanto, quando a crise é inevitável, o gestor se vê diante de uma série de regramentos orçamentários que engessam a sua atuação, o que pode inclusive ensejar a aplicação de sanções políticas e/ou financeiras. A falta de sensibilidade no tratamento das crises orçamentárias e os reflexos que recessões econômicas invariavelmente produzem na sociedade é um dos problemas que merecem ser revisitados na atuação dos Tribunais de Contas se, de fato, buscamos um Estado Democrático que realize direitos sociais.

A realização dos direitos sociais previstos na Constituição requer a obtenção de recursos financeiros para tanto. O nível de concretização dos direitos sociais cresce na medida dos investimentos que são realizados pelo Poder Público e na qualidade da política pública implementada. A implementação de uma política pública é uma atividade complexa que conjuga diversos atores e fatores técnicos e políticos, especialmente considerando a ampla margem discricionária na decisão pela alocação dos recursos. É neste cenário que a atuação dos Tribunais de Contas é extremamente sensível, uma vez que é de sua competência

fiscalizar os recursos direcionados a implementação da política pública, mas não pode se imiscuir das decisões políticas que dão o contorno da política pública.

Como um processo complexo que é, na construção da política pública diversas licitações, contratos e convênios são elaborados e é justamente no momento do dispêndio público que se verificam os atos de corrupção. Sendo certa a sua competência para o controle do ordenador de despesa, o Tribunal de Contas é órgão central no combate a corrupção. O problema se revela quando, ao combater a corrupção, as Cortes de Contas extrapolam a sua competência ou burocratizam a Administração Pública sem aperfeiçoar verdadeiramente os instrumentos de governança pública. Em busca de uma Administração Pública de Resultados, o excesso de controle (*accountability overload*) justificado a partir de uma lógica punitivista de se combater a corrupção, não serve à missão constitucional de concretização de direitos sociais.

De todos os contornos políticos que as sanções aplicáveis pelos Tribunais de Contas possui em seu rol, nenhuma é tão restritiva quanto a rejeição de prestação de contas. Isto porque a rejeição nas contas públicas – decisão que pode ser unilateral do Tribunal de Contas ou então subsidiar a decisão do Parlamento – pode ensejar a inelegibilidade do agente público por oito anos. A inelegibilidade condena o cidadão ao esquecimento político ao extirpar a sua capacidade eleitoral passiva, isto é, o poder de ser eleito e representar a sua população. O Tribunal de Contas realiza o julgamento das contas dos agentes públicos a partir de critérios estritamente técnicos, mas a sua decisão produz restrição de direitos políticos do cidadão. Aqui não há uma linha tênue entre a tecnocracia e a política. Como julgamento que importa em inelegibilidade, a rejeição das contas influencia diretamente no processo de escolha política e soberana de quem serão os representantes políticos e condutores da gestão pública das cidades.

Com todo o exposto, é possível verificar que os Tribunais de Contas influenciam na gestão política das cidades, seja no processo de escolha dos representantes políticos, seja na condução da máquina pública pelos agentes democraticamente eleitos. O reconhecimento de que a atuação da controladoria externa extrapola o universo estritamente técnico é fundamental para que melhor se possa delinear o caminho institucional que deve seguir a atuação do Sistema Nacional dos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *Democracia: estudos em homenagem ao prof. Siqueira Castro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AIETA, Vânia Siciliano. *Ficha limpa: uma lei como essa impediria a eleição de Nelson Mandela*. Revista Tribuna do Advogado, ano XXXVIII, num. 492, p. 23, jun. 2010.
- AIETA, Vânia Siciliano. *Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- AMORIM, Rosendo Freitas de; CORDEIRO NETO, Holmes. *O ideal de Ruy Barbosa na criação do tribunal de contas*. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning (Org.). *Direito e administração pública I*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 343-359.
- ANDRADA, Antonio Carlos Doorgal de. *A natureza jurídica do parecer prévio emitido pelos tribunais de contas estaduais e admissibilidade de recurso*. Parecer emitido no processo administrativo nº 652.562 do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Relator Cons. Wanderley Ávila. Julgamento em 28 de junho de 2006.
- ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de. *O Parecer Prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XXVIII, v. 77, n. 4, out./dez. 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003..
- BARBOSA, RUI. *A exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU*. Revista do TCU, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-263, out/dez 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 21 Fev. 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul. 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora* – 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018
- BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. The Journal of political Economy, v. 76, n. 2, 1968.
- BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. *O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de Filosofia do Direito*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
. Curso de filosofia do direito
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. . São Paulo: Malheiros, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BORGHI, Elisa, *Tra poteri consultivi e controllati: Corte dei conti e autonomie locali*. In: MORRONE, Andrea (Org.). *La costituzione finanziaria*. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 247-262, 2015.
- BOUSTA, Rhita. *Who Said There is a 'Right to Good Administration'? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. European Public Law, v. 19, p. 481- 488, jun. 2013. Disponível em: <https://www.deepdyve.com/lp/kluwer->

law-international/who-said-there-is-a-right-to-good-administration-a-critical-analysis-zh9An23ku1? Acesso em: 11 jun. 2019.

BOUSTA, Rhita. *Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration*. Revista digital de Derecho Administrativo, n. 21, p. 23-45, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5699/7528>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre o setor de rodovias, de ferrovias e de transporte rodoviário de passageiros*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2005. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/o-controle-externo-das-agencias-reguladoras-questoes-relevantes-sobre-o-setor-de-rodovias-de-ferrovias-e-de-transporte-rodoviario-de-passageiros.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

BRITO, Ayres de. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 10-20, jul./dez. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Art. 24 da LINDB - Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 113-134, nov. 2018

CAMPELO, Valmir. *Controle externo e a responsabilidade fiscal*. Revista do Tribunal de Contas da União. N. 96, 2003.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, jun. 1990.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A atuação dos tribunais de contas em face da separação de poderes do Estado*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, 2000.

CHALID, Ronaldo. *A função social do Tribunal de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano no 35, no 138, p. 4, abr./jun., 1998.
- CORREIA, Arícia Fernandes. *Reserva de Administração e separação de poderes*. In: Luís Roberto Barroso. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. 1ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 9ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.
- COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. RIL Brasília a. 54 n. 214 abr./jun. 2017 p. 91-111, 2017.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Teoria do ato de governo*. Revista de Informação Legislativa, v. 24, n. 95, p. 73-84, jul./set. 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINIZ, Josedilton Alves. *Percepções de gestores e assessores contábeis da Administração Pública sobre aspectos do sistema de custos e resultados: uma análise em prefeituras municipais do Estado da Paraíba*, João Pessoa: UFPB, 2004.
- DOMENICALI, Caterina. *Le politiche nazionali di bilancio negli anni della crisi*. In: MORRONE, Andrea (Org.). *La costituzione finanziaria*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2015.
- FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- FERRAZ, Luciano. *Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas - Competência Normativa e Devido processo legal*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 43, n. Ano XX, p. 119-133, 2002
- FERRAZ, Luciano. *Termos de ajustamento de gestão: do sonho à realidade*. Revista TCM/RJ, nº 56, verão de 2014a.
- FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014b
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502139770>. Acesso em: 2 jul. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991

FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. *O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança*. 2015. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015.

FONSECA, Antônio. *Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 215-238, jan/mar. 1998.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORTINI, Cristiana; MOTA, Fabrício. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. *R. de Dir. Administrativo & Constitucional* | Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Emerson. *A corrupção: uma visão jurídico-sociológica*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, p. 103-140, jul. 2003

GEHL, Jan. *Cidade para pessoas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral* 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2019.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externos e internos da administração pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018

HARVEY, David. *The Right to the City*. *New Left Review* nº 53, 2008.

ISMAIL FILHO, Salomão. *Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 108, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77679>. Acesso em: 25 jun. 2019.

JACOBY FERNADES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JOBIM, Nelson. *Lógica jurídica e jurisprudência. O conceito de “lógica jurídica” de Ulrich Klug*. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 45-58, maio/ago. 2016. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64296>. Acesso em 21.02.2020

JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba, n. 258, ago.2015

JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

LAFFER, Betty Mindlin. O conceito de planejamento. In: LAFFER, Betty Mindlin. *Planejamento no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1970.

LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade. 5.ed São Paulo: Centauro, 2001

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

MACHADO, Audálio José Pontes. *Tribunais de Contas Estaduais: indicações, perfil dos conselheiros e autonomia das instituições*. 2017. 82 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2017.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. 1. ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MASTRODI NETO, Josué; OLIVEIRA, Thiago Silva Freitas. *Da Distinção Teórica Entre Princípios Lógicos, Científicos E Jurídicos*. Revista Quaestio Iuris. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. pp. 818 -843.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 93-112. 2018.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei N° 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As Cortes de Contas são instituições permanentes de impossível extinção nos termos da Constituição Federal – sua competência é imodificável por legislação infraconstitucional*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 8, n. 5, p. 289-297, maio 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, t. II, p. 25-26.

MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Laura Dallari et al (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. *Administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças Públicas*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2017

MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. Revista de informação legislativa, v. 27, n. 108, p. 101-126, out./dez. 1990.

MEDAUAR, Odete. *Ato de Governo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 67-85, jan-mar, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Marcus André. Democracia e Corrupção. *In*: SCHWARTZMAN, Simon (Org.). *A via democrática: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 177-228.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *Reforma Administrativa : a Emenda nº 19/98*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. li, n. I, p. 1-98, Jan-Jul. 1999.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 3. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

MONTEIRO, Vera. *Art. 29 da LINDB - Regime jurídico da consulta pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 225-242, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. *Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018.

MOREIRA NETO , Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas*. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*, Florianópolis, ano 2, v. 3, p. 113-146, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 129-156, jan. 2003.

MORRONE, Andrea. *Il bilanciamento nello stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Método, 2016.

NISS, Pedro Henrique Távoa. *Direito Políticos – condições de elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional – 12. Ed. Re., ampl. E atual – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.*

Nucci, Guilherme de Souza. *Individualização da pena – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.*

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. *Lua Nova* [online]. 1998, n.44, pp.27-54

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Compliance na Administração Pública*. . In: MARÇAL, Thaís Boia. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís. *Compliance: análise jurídica da economia*. In: MARÇAL, Thaís Boia. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PONDÉ, Lafayette. *Tribunal de Contas – Autonomia*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 189, p. 388, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara. 1937.

QUIRINO, Carina de Castro. *Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala*. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 02, Rio de Janeiro, 2018. pp. 965 – 986, 2018

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro . *O Direito a partir da lógica em Lourival Vilanova*. In: : Willis Santiago Guerra Filho, João Maurício Leitão Adeodato, Alvaro de Azevedo Gonzaga. (Org.). *Filosofia do Direito II*. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013, p. 76-102.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, UK: Cambridge University Press, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: UNB, 2002.

SAKAI, Juliana; PAIVA, Natalia. *Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas*. Transparência Brasil, 2016. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016%20F.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARTLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos*. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 10.03.2020

SCHARAMM, Fernanda Santos. *Compliance nas contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

SEBRAE. *Políticas Públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. Disponível em:

<http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%3%9ABLICAS.pdf>.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SCHEDLER, A.; DIAMOND, L; PLATTNER, M. (Eds.). *The Self-Restraining State: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed São Paulo: Malheiros, 2002

SILVA, Moacir Marques da. *Controle externo das contas públicas: o processo nos tribunais de contas do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Vander Luiz; KOVALESKI, João Luiz; PAGANI, Regina Negri. Competências bases para o trabalho humano na Indústria 4.0. *Revista Foco*, v. 12, n. 2, p. 114. jun. 2019. Disponível em: <http://revistafocoadm.org/index.php/foco/article/view/677>. Acesso em: 25 jun. 2019.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SLOMSKI, Valmor. *Controladoria e governança na gestão pública*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUTO, Humberto. *O controle externo da regulação dos serviços públicos*. DF: Ed do Tribunal de Contas, 2002.

SOUZA, Yalle Hugo de; SECCHI, Leonardo. Extinção de políticas públicas: síntese teórica sobre a fase esquecida do policy cycle. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 20, n. 66, jan./jun. 2015

SPECK, Bruno Wihelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, out. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte*. In: *Revista Consultor Jurídico*, 06 de agosto de 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em 21.02.2020.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle*. In: SUNDFELD, Carlos Ario (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 171-201, nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral – v. 1*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de contas. Do visto, em especial: conceito, natureza e enquadramento na atividade de administração*. Coimbra, Almedina, 1998.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. *Proibição do Retrocesso Social e Orçamento: em busca de uma relação harmônica*. In: MARÇAL, Thaís Boia. Temas de direito público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TENÓRIO, Robinson Moreira. *Lógica Clássica: um problema de identidade*. Revista Sitientibus da Universidade Federal de Feira de Santana, v. 1, n.11, p. 15-19, 1993. Disponível em <http://www2.uefs.br/sitientibus/edicoes/11.htm>. Acesso em 21.02.2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

TRINDADE, André Karam; SPERANDIO, Marilin Soares. *Garantismo E Literatura: A Lição De Leonardo Sciascia Sobre O Papel Dos Princípios Na Construção Das Decisões*. Revista Quaestio Iuris, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 2124 -2149.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. 2010. Tese (Pós-Doutorado em Administração) – FGV – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010.

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. *Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: Como Um Sistema Corrupto e o Modo de Combatê-Lo Estão Destruindo o País*. Rio de Janeiro, 2019

WEITZ-SHAPIRO, Rebecca; de MORAES, Camila; HINTHORN, Miriam. *Overseeing oversight: the logic of appointments to subnational audit courts*. Working paper, 2015, p. 1-30. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2623788. Acesso em: 22 jul. 2019.

WILLEMANN, Marianna Montebello . Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 221-250, maio/ago. 2013.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

WILLEMANN, Marianna Montebello. O princípio republicano e os tribunais de contas. *Revista TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 38, p. 57-69, maio, 2008.

ZYMLER, Benjamim. *Lei anticorrupção empresarial – uma visão do controle externo*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – v. 2, n. 11, jan./jun. 2016.