

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

DAFNE REICHEL CABRAL

**O CONTROLE EXTERNO COMO INSTRUMENTO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CAMPO GRANDE – MS

2017

DAFNE REICHEL CABRAL

**O CONTROLE EXTERNO COMO INSTRUMENTO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Luis Fernando Sgarbossa

CAMPO GRANDE -MS

2017

Eu, Dafne Reichel Cabral, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura: _____

Data: ____/____/____

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: Dafne Reichel Cabral

Título: O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Luis Fernando Sgarbossa

Instituição: UFMS

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos colegas e, hoje, grandes amigos que conheci neste mestrado, não só pelo auxílio e apoio nas questões acadêmicas, mas também pelos momentos de alegria e alívio que me proporcionaram em meio às dificuldades e tensões desta dura jornada.

À grande amiga e comadre, Larissa, que me acompanha há tantos anos e me auxiliou, desde sempre, em todos os setores da vida. Pela ajuda no projeto de seleção do mestrado e por repetir insistentemente para que eu tivesse coragem de qualificar e defender esta dissertação. E por ter me confiado um de seus bens mais preciosos: Fernando, meu afilhado.

Aos meus pais por sempre confiarem na minha capacidade de atingir qualquer objetivo que eu almejo. Pelas horas de orações em cada desafio que eu enfrento na vida e por serem os que mais se orgulham de cada conquista. Ao meu pai, meu exemplo de sucesso na área acadêmica, e à minha mãe por me fazer acreditar nos meus próprios passos.

Ao meu grande amor, marido, companheiro e orientador particular nesta dissertação, Flávio Garcia Cabral, primeiramente por tanto amor e carinho há mais de uma década, mas hoje agradeço especialmente pela honra de poder contar com sua fonte inesgotável de sabedoria e conhecimento que me fazem ser capaz de dar passos tão maiores do que eu poderia sozinha.

A minha filha, Flávia, que ainda carrego no ventre, mas já se tornou incentivo para meu empenho na conclusão desta dissertação, quem eu espero que um dia entenda a importância da busca pelo conhecimento e a quem, de alguma forma, eu possa servir de exemplo para ela enfrentar os obstáculos de sua caminhada com a segurança de que sempre vale a pena seguir em frente.

RESUMO

CABRAL, Dafne Reichel. **O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública.** 2017. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

O presente trabalho possui como objetivo a análise de como o controle externo, no que cabe aos Tribunais de Contas, pode servir como importante instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública no Brasil e foi elaborado sob o método de abordagem dedutivo e metodologia de pesquisa bibliográfica. Embora exista bibliografia referente a ambos os temas (controle externo e boa administração pública), ainda são escassos os trabalhos que tratam de um como instrumento do outro, o que se mostra pertinente na medida em que a existência de órgãos de controle, bem como de normas, não figura como o problema das sociedades e sim a maneira de torná-los efetivos. Aborda-se, então, o direito fundamental à boa administração pública, fundado no próprio Estado de Direito e, neste viés, os meios que proporciona a Constituição Federal brasileira para garanti-lo e protegê-lo, tais como um amplo sistema de controle. Demonstra-se que são os Tribunais de Contas, órgãos de controle da Administração Pública, os verdadeiros garantidores do cumprimento dos compromissos constitucionais dos administradores da atividade estatal, em especial de arrecadar recursos e devolvê-los à sociedade por meio da prestação de serviços públicos satisfatórios. Procura-se, então, traçar um diagnóstico do déficit da atuação dos Tribunais de Contas e identificar as medidas necessárias para combater anomalias e fortalecer seu mister constitucional, demonstrando que estes órgãos precisam de um novo paradigma de controle, mais eficiente e eficaz para que seja atendido o direito fundamental à boa administração pública. Espera-se trazer a discussão acerca da melhoria do sistema de controle da Administração Pública, com enfoque no controle externo, concluindo que seria um caminho para a concretização da boa administração pública, pois são os Tribunais de Contas órgãos com estrutura e função necessárias para responder eficazmente às exigências e desafios de servir à comunidade, faltando-lhes somente aprimoramentos.

Palavras-chave: Democracia. Direito Fundamental. Boa Administração Pública. Boa Governança. Controle Externo. Tribunais de Contas.

ABSTRACT

CABRAL, Dafne Reichel. **The external control as an instrument for the realization of the fundamental right of good public administration.** 2017. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

The objective of this study is to analyze how the external control, concerning the Audit Courts, can serve as an important instrument for the realization of the fundamental right of good public administration in Brazil and it was elaborated under the method of deductive approach and bibliographic research methodology. Although there is a bibliography referring to both themes (external control and good public administration), there are still few works that deal with one as an instrument of the other, which is pertinent once it is not the existence of control organs, as well as norms, the problem of societies, but the way to make them effective. It is shown the fundamental right to good public administration, based on the rule of law and, on this bias, the means provided by the Brazilian Federal Constitution to guarantee and protect it, such as a comprehensive system of control. It is demonstrated that it is the Audit Courts, that are public administration control bodies, the true guarantors of the fulfillment of the constitutional commitments of the administrators of the state activity, in particular, of raising funds and returning them to society through the provision of satisfactory public services. It is then sought to draw a diagnosis of Audit Courts deficit and identify the necessary measures to combat anomalies and strengthen their constitutional duty, demonstrating that these bodies need a new paradigm of control, more efficient and effective to active the fundamental right to good public administration. It is hoped to bring the discussion about the improvement of the control system of the Public Administration, focusing on external control, concluding that it would be a way to achieve good public administration, since the Audit Courts are bodies with structure and function necessary to respond in an effective way to the needs and challenges of serving the community, lacking them only improvements.

Keywords: Democracy. Fundamental Law. Good Public Administration. Good Governance. External Control. Audit Courts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A RELEVÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL....	13
2.1 OS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FUNÇÃO DE REGULADORES DO COMPORTAMENTO DO ESTADO.....	16
2.1.1 Princípio da legalidade.....	16
2.1.2. Princípio da impessoalidade	19
2.1.3 Princípio da moralidade	21
2.1.4 Princípio da publicidade	24
2.1.5 Princípio da eficiência	27
2.1.6 Interesse público: supremacia e indisponibilidade.....	33
2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CONCEPÇÕES.....	41
2.3 CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
2.4 QUALIFICAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	51
3. DEMOCRACIA E ESTADO CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA DE CONTROLE	55
3.1 DEMOCRACIA	57
3.2 CONSTITUCIONALISMO	61
3.3 REPÚBLICA	65
3.4 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE PRESSUPÕE DIREITO AO CONTROLE.....	67
3.4.1 Controle judicial	70
3.4.2 Breves apontamentos sobre o controle de constitucionalidade.....	71
3.4.3 Controle legislativo.....	74
3.5 TIPOS DE CONTROLE: INTERNO, EXTERNO E SOCIAL	76
4. CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	86
4.1 MODELOS E ORIGEM DOS ÓRGÃOS DE CONTAS.....	87

4.2 SURGIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES	91
4.2.1 Posição constitucional e natureza das funções dos tribunais de contas.....	99
4.2.2 Tribunais de contas estaduais e municipais	102
4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO À ESTRUTURA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	103
4.3.1 Atribuições dos tribunais de contas	107
4.4 TIPOS DE CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	112
4.4.1 Controle prévio, concomitante e posterior: particularidades e importância..	112
4.4.2 Controle de legalidade, legitimidade e economicidade	115
5. REFORMA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA REVISÃO A PARTIR DA IDEIA DE INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	120
5.1 O TRIBUNAL DE CONTAS COMO FISCALIZADOR DE BOAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	121
5.2 AÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM CONTRAPONTO COM O PODER JUDICIÁRIO.....	123
5.3 CONTROLE INTERNO E SOCIAL COMO PARCEIROS QUE LEGITIMAM O CONTROLE EXTERNO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	127
5.4 MAIOR AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA POLÍTICA POR MEIO DA EMENDA DO QUARTO PODER: PODER CONTROLADOR	129
5.5 MELHORIA NAS AUDITORIAS.....	132
5.5.1 Auditorias concomitantes	133
5.5.2 Auditorias de resultado: auditoria operacional.....	134
5.6 ESCOLHA DOS MEMBROS	139
5.7 CONSELHO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	143
5.8 OUTROS ASPECTOS: GESTÃO DE PESSOAS, PARCERIAS, TRANSPARÊNCIA E MODERNIZAÇÃO	148
6. CONCLUSÃO.....	154
REFERÊNCIAS	159

1. INTRODUÇÃO

Os tempos que se vivenciam em diversos países ao redor do globo, mas em particular no Brasil, põem em xeque a atuação de diversas Administrações Públicas e os modelos burocráticos de administração utilizados.

Essa relação de desconfiança existente entre administrados e Estado, que não figura como algo inédito, faz com que o cidadão demande da Administração Pública atuações eficientes, com resultado e provas, não sendo mais tolerados trâmites morosos, dispendiosos, obscuros e com invariáveis desvios morais.

Crises políticas e econômicas, que outrora se mostravam passageiras, parecem não mais figurar como ocorrências momentâneas, mas sim como fenômenos capazes de ruir as estruturas institucionais de diversos Estados, justamente pela fragilidade existente na condução da coisa pública por diversos governantes, afastando ainda mais a sociedade da Administração Pública, como se fossem esferas incomunicáveis, independentes e autônomas.

Assim sendo, mais do que nunca, como forma de reaproximação do Estado e da sociedade, exige-se a existência de mecanismos de controle hábeis para manter o Estado em constante vigilância e fiscalização, obrigando-o a prestar contas e responsabilizando-o por seus atos.

A ideia de controle, fundamental a todo regime que não se tenha como autoritário, deve ser cultivada no interior da própria Administração Pública como algo salutar, seja como forma de otimizar a atuação estatal e seus próprios gastos, seja como maneira de cumprir devidamente a função pública, uma vez que os que governam devem sempre rememorar que ocupam dita posição a serviço de outrem, quem sejam, os cidadãos.

Os controles, no entanto, por mais importantes que possam parecer, devem ser encarados como instrumentais, direcionando o Estado a atuar de maneira a cumprir uma série de princípios e direitos encartados nos textos constitucionais, exercendo, desta feita, uma boa administração.

É nessa toada que emerge com destaque, dentre os possíveis instrumentos de controle, a figura dos Tribunais de Contas no Brasil. E é justamente ao redor dessa figura (Tribunal de Contas), e como ela pode servir de sustentação a um controle efetivo do Estado - sem prejuízo da existência de outras formas de controle atuando conjuntamente -, que a presente dissertação será estruturada.

Esta pesquisa, então, de método dedutivo possui natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e, bibliográfica e documental quanto aos meios, tem como tema o controle

externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública.

A sua problemática reside justamente em compreender se e como é possível a instituição de controle do Tribunal de Contas no Brasil efetivar o direito à boa administração pública e quais as medidas necessárias para tanto. A opção se justifica, pois embora seja vasta a bibliografia sobre a temática do controle externo, da mesma forma que existem diversas obras tratando sobre a boa administração pública, com berço no direito italiano, porém especificamente acerca do tema deste trabalho encontra-se significativa escassez.

Buscar-se-á, portanto, para cumprir com o objetivo proposto, apresentar no que consiste o direito à boa administração e verificar se há e quais são os mecanismos que os Tribunais de Contas no Brasil possuem para concretizar mencionado direito.

Pretende-se, assim, de maneira mais específica, compreender qual o conteúdo jurídico do direito à boa administração pública; quais os fundamentos desse direito; verificar se se trata de um direito fundamental; entender o significado e as bases democráticas do controle; investigar os tipos de controle existentes; conhecer as características dos Tribunais de Contas no Brasil; apurar quais mecanismos existentes no âmbito das Cortes de Contas que permitem uma efetivação da boa administração, bem como apresentar sugestões legislativas e/ou administrativas para a implantação de novéis instrumentos para tal finalidade.

Ainda que várias questões possam se mostrar conexas ou decorrentes da temática ora trabalhada, faz-se mister ressaltar os limites deste trabalho. Desse modo, não se pretende, na dissertação, abordar mais do que o estritamente necessário sobre as demais formas de controle estatal, como o controle interno ou mesmo o externo realizado por outros atores que não os Tribunais de Contas. O foco será, como adiantado, o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Além disso, a pesquisa repousará sobre a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a análise será feita em relação aos Tribunais de Contas no Brasil, sem prejuízo de invocações do Direito Comparado para auxiliar na fundamentação.

Ressalte-se, outrossim, que embora se vá laborar acerca do direito à boa administração como um direito fundamental, não se trata de um trabalho de teoria dos direitos fundamentais, razão pela qual a abordagem sobre tais direitos será realizada de forma pontual, somente com o intuito de fixar certas bases teóricas mínimas que permitam o enquadramento ou não da boa administração como um direito dotado de fundamentalidade.

Desta feita, para a realização desta pesquisa, esta monografia será dividida em 4 capítulos principais.

O primeiro deles versará sobre o direito à boa administração, ocasião na qual se apresentarão os mais relevantes princípios de Direito Administrativo, em particular os expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, compondo o núcleo do regime jurídico administrativo, bem como o conteúdo da boa administração pública, evidenciando-se a sua feição como sendo um direito fundamental.

Ato contínuo, na segunda parte, abordar-se-á o modelo republicano e democrático como sendo o que permite a existência de mecanismos de controle. Ademais, serão abordadas questões relativas aos controles, como o interno, externo e social, e suas interpelações.

No terceiro capítulo, o foco recairá exclusivamente sobre a instituição da Corte de Contas, destacando-se sua origem histórica no Brasil, suas competências constitucionais, sua estrutura institucional e seu papel no controle externo.

Por fim, no quarto capítulo, que constitui o ápice da pesquisa, será apresentado como de fato a instituição Tribunal de Contas pode contribuir para uma efetivação do direito à boa administração, melhorando alguns aspectos em sua atuação. Aqui serão aventadas tanto questões de cunho descritivo como prescritivo, porquanto se discorrerá sobre instrumentos de atuação das Cortes de Contas que já se encontram em vigor e que têm traduzido o cumprimento a uma boa administração, ademais de mecanismos que poderiam ser alterados e/ou criados para ampliar a otimização da atuação diligente dos Tribunais de Contas, mas que ainda hoje não se encontram inseridos nos textos legislativos.

Ao final da pesquisa, almeja-se ter sido capaz de trazer a lume uma instituição que ainda é pouco conhecida, mas cuja importância e desenho institucional se mostram ímpares na realidade brasileira, na expectativa de que, difundindo-se o estudo sobre sua atuação, auxilie-se na concretização do direito fundamental à boa administração por meio da atuação das Cortes de Contas.

2. A RELEVÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Administração Pública¹ foi enfocada, durante muito tempo, *ex parte principis*, no sentido da conveniência do soberano. Somente com as transformações vindas das revoluções liberais, instaurando monarquias constitucionais ou repúblicas democráticas, existiu espaço para uma evolução na visão da Administração Pública *ex parte populi*, ou seja, da perspectiva do povo (administrados).

O Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, contudo já existiam normas anteriores a este marco que mais tarde comporiam esse ramo do direito (DI PIETRO, 2002).

Primeiramente, salienta-se que, na Idade Média, não existia ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo, pois prevaleciam as monarquias absolutas (DI PIETRO, 2002).

Na França, país onde nasceu o Direito Administrativo, considerava-se como fator de desencadeamento e polo aglutinador de seus vários institutos a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados (MELLO, 2008).

Explica-se, então, a impressão irrompida de que o Direito Administrativo seria um direito com propósito de investir os detentores do Poder, na posse de um “instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados” (MELLO, 2008, p. 44).

Somente depois, com León Duguit, surgiria uma linha de pensamento inversa, em que se substitui a *puissance publique* pelo conceito de serviço público, não mais tendo como cerne a ideia de poder. Propõe-se uma visão de que o Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender às necessidades gerais, o que seria a verdadeira justificativa para o exercício da autoridade (MELLO, 2008).

¹ Basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: a) em sentido subjetivo, formal e orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo (DI PIETRO, 2007, p. 68).

O Direito Administrativo do período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica, com o poder encarnado no soberano, tendo os membros da sociedade como súditos ao invés de cidadãos e que sintetizavam máximas clássicas como “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei” ou ainda “o rei não pode errar” (*the king can do no wrong*), em nada se assemelha ao Direito Administrativo que nasce com o Estado de Direito (MELLO, 2008).

Assim, a formação do referido ramo teve início juntamente com outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a se desenvolver – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito², estruturado sobre o princípio da legalidade (todos se submetem à lei, inclusive os governantes) e sobre o princípio da separação dos poderes, com objetivo de assegurar a proteção dos direitos individuais. Dessa forma, por intermédio de movimentos sociais, em especial com a Revolução Francesa no final do século XVIII, restou acabado o Velho Regime absolutista que vinha consolidado desde a Idade Média (DI PIETRO, 2002).

Como bem sintetizou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010, p. 76), ao tratar sobre o estudo da atividade administrativa:

[...] constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções.

No Estado de Direito, tem-se o Direito como regulador do comportamento da Administração, só podendo existir a partir do momento em que os próprios detentores do poder estivessem enclausurados pela ordem jurídica e restritos a mover-se dentro do âmbito do mesmo quadro normativo estabelecido aos administrados (MELLO, 2008).

Desse modo, este ramo do Direito não é criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado; é, pelo contrário, um Direito que surge exatamente “para

² Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal e constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas. Daí falar-se em Estado liberal de Direito, o qual tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei. Suas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis a primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (SILVA, 1988, p. 16).

regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais” (MELLO, 2008, p. 47).

O Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve, para o mundo das normas, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do poder. Trata-se de um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens (MELLO, 2008).

Ao se pensar em um movimento histórico fundamental para as concepções vigentes a respeito desse modelo de Estado no mundo civilizado, facilmente pensar-se-á na Revolução Francesa, sabendo-se que ela se apoia na ideia de igualdade (MELLO, 2008).

Não é difícil perceber que a supremacia da lei, tão cara à Revolução Francesa, tem sua raiz no princípio da igualdade. Há supremacia da lei porque resulta da formulação da vontade geral, por intermédio dos seus representantes, e porque a lei propõe-se a ser geral e abstrata, precisamente para que todos os homens sejam tratados sem casuísmos, embargando-se, destarte, perseguições e favoritismos (MELLO, 2008).

Ainda que alcançado este estágio em que o Direito Administrativo serve como proteção ao administrado e como controle do administrador, “é clara a provocação para que se ofereçam respostas adequadas aos desafios propostos pelo homem, que, não obstante o caráter exacerbado do individualismo dominante na escala axiológica contemporânea, ainda pretende do Estado alguma proteção” (VALLE, 2011, p. 22), bem como almeja a concretização das funções que lhe foram estabelecidas constitucionalmente.

Tratar a necessidade de boa administração como um direito fundamental e, até mesmo, um direito humano³, corrige o foco de ação de governo e de ação administrativa para a pessoa e seus direitos e liberdades, o que, por muitas vezes, acaba sendo desvirtuado (MUÑOZ, 2012).

Especificamente no ordenamento jurídico interno, o direito fundamental à boa administração pública é um tema que vem despertando interesse crescente, certamente pela

³ Em relação à distinção entre direitos humanos e fundamentais partilhamos do entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que o termo direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2006, p. 40).

carência em se ver a concretização do referido direito na Administração Pública brasileira, assunto que será explicitado nos próximos itens, sempre à luz do texto constitucional vigente.

2.1 OS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FUNÇÃO DE REGULADORES DO COMPORTAMENTO DO ESTADO

A Administração Pública deve submeter-se aos princípios constitucionais e especialmente aos insculpidos expressamente na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 37, *caput*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Trata-se de “princípios basilares no Estado Democrático de Direito⁴ que regulam o comportamento da Administração Pública, deixando o administrador [...] restrito a mover-se dentro do âmbito do quadro normativo criado pela ordem jurídica”. São, como salienta Benjamim Zymler (2012), os princípios então que servem como parâmetro à atividade de controle estatal.

Além disso, manter o Estado afivelado às disposições legais, mantendo-o dentro de um controle, visa a proteger o regime jurídico administrativo que se delineia em função da consagração de dois outros princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos (MELLO, 2008).

2.1.1 Princípio da legalidade

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008) explana que o princípio da legalidade aparece até com redundância na Constituição Federal, que para o autor tem o objetivo direto de afastar quaisquer dúvidas sobre os rigores do princípio em comento, já que frisa a subalternidade do Estado à lei, demonstrando o interesse do legislador constituinte na fiel execução da legislação. Pode-se afirmar, neste viés, que é um princípio que limita o administrador a atuar somente nos parâmetros e limites que a lei impõe, ou seja, este princípio é a condição para a produção de atos subsequentes.

Classicamente se compreendia que o administrador, no gozo de suas atividades, não tem espaço para executar vontades particulares, só podendo agir *secundum legem*, sendo a lei que define até onde pode a Administração atuar sem cometer ilegalidade.

⁴ Entrar-se-á no tema da Democracia e do Estado Democrático de Direito no próximo capítulo.

Dessa maneira, já que o poder público se sujeita ao império da lei (*Rule of Law, not of men*), permite-se um controle sobre a autoridade do Estado em benefício do administrado, o que exige do administrador uma observância às regras que a lei traçou, visando tão somente alcançar os objetivos colimados no mandamento legal, vedando que o administrador imponha exclusivamente sua vontade subjetiva, podendo ser exigido somente o que esteja previsto em lei. Trata-se de princípio basilar ao Estado Democrático de Direito.

Pode-se definir a legalidade como um princípio de administração que:

[...] significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. [...] A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos (MEIRELLES, 2005, p. 82).

Alexandre Santos de Aragão (2004) salienta que, ao se analisar a legalidade administrativa, deve-se desvestir de uma série de mitos oitocentistas, pois a ideia de liberdade dos revolucionários franceses, fortemente ancorada na legalidade, mostrou-se, após a Revolução Francesa, ser de aspecto da mera não contrariedade, posição que começou a ser combatida com o Estado de Direito.

Nessa trilha, a citada subalternidade do administrador à lei quer se referir a uma ideia mais ampla do que somente à legalidade em sentido estrito. Insere-se, neste conceito, a concepção mais ampla de juridicidade.

Como bem aponta Gustavo Binenbojm (2012), a vinculação da Administração não ocorre só em sentido formal, mas a todo o ordenamento jurídico, incluindo-se os demais atos normativos existentes, com enfoque, é claro, na Constituição.

Partindo desse entendimento, sustenta o autor que:

[...] a atuação administrativa só será válida, legítima, justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular (BINENBOJM, 2012, p. 151).

Pode-se afirmar, então, que a necessidade de atender ao princípio da legalidade, nessa nova concepção mais ampla de juridicidade, tomou lugar do atendimento ao clássico princípio da estrita legalidade⁵ administrativa, com a própria crise da lei⁶, que trouxe repercussões sobre

⁵ O clássico conceito de não contrariedade à lei, encarado como lei em sentido formal.

⁶ Referida crise sob o ângulo estrutural confunde-se com a crise de representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos; já por um ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade, pois não se crê mais na lei como expressão da vontade geral ou se a tem mais como principal padrão de comportamento da vida pública ou privada. Resgatando-se o sentido clássico da lei na história, tem-se que, no

o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma mera vinculação positiva à lei.

Como destaca o autor:

Com efeito, a Constituição, enquanto sistema de princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando-se a falar numa constitucionalização do direito (BINENBOJM, 2012, p. 149).

É nesse contexto que ganham significativo destaque os direitos fundamentais, que pautarão a Administração Pública, existindo ou não lei em sentido formal. De igual sorte, o administrador público se torna mais valorizado à medida que passa a ser um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei.

O Direito Administrativo contemporâneo é, portanto, em boa parte, fruto da competência normativa direta do Executivo ou de leis editadas pelo Parlamento que foram propostas, votadas e aprovadas conforme o interesse e a conveniência da chefia do Executivo. No modelo brasileiro, que se pode denominar de presidencialismo de coalizão⁷, é lugar

pensamento liberal iluminista, ela era um produto da razão, emanada dos representantes da sociedade e capaz de regular todo e qualquer assunto relevante, constituindo-se na mais importante fonte do direito, notadamente na Europa, onde o constitucionalismo só tomou força após a Segunda Grande Guerra. Na Europa, onde tardou o desenvolvimento do controle da constitucionalidade das leis, “desenvolveu-se um positivismo legalista que conduziu a uma quase divinização da lei”: não havia limites para a atuação do legislador e os juízes e administradores eram meros repetidores do texto legal, numa clara adoção do pensamento de Montesquieu. A função administrativa, neste ambiente, é resumida através da máxima segundo a qual “administrar é aplicar a lei de ofício”. Foi exatamente esta visão liberal idealista e mitificadora que sucumbiu. De fato, a lei não foi capaz de atender às demandas de que ela própria pretendia tratar no Estado liberal, sendo, ainda mais, inábil a responder aos anseios do Estado providência. Em um esforço didático, é possível enumerar cinco razões básicas da crise da lei em geral e da legalidade administrativa, em particular. A primeira das razões é a inflação legislativa. O excesso de leis fez com que a lei como um todo fosse banalizada, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que lhe nutriu no período iluminista. Com a inflação legislativa, a norma do parlamento, inevitavelmente, perde a sua majestade. A segunda razão foi a constatação histórica de que a lei pode, muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie. A lei, expressão da vontade geral, cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar as práticas nazi-fascistas que criaram talvez a maior cicatriz da história do século passado. A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade, fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa. Uma terceira razão que contribui para o esvaziamento da legalidade é a de que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo. Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo. Uma quarta razão para a crise da lei formal decorre da criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa. A lei não é mais o instrumento normativo que condiciona e legitima toda a atuação administrativa. Daí o movimento tanto da Constituição, quanto do legislador infraconstitucional, de estabelecer novas esferas de normatização dotadas da devida celeridade e, assim, a fixação de atribuições normativas diretas para o Poder Executivo, distribuídas por suas múltiplas estruturas. E, finalmente, uma quinta razão reside no fato de que quando o Executivo não tem a atribuição normativa de que necessita, não resta ao Legislativo muito espaço de atuação independente. O Executivo controla o processo legislativo, seja por meios legítimos, seja por métodos menos nobres (BINENBOJM, 2012).

⁷ Presidencialismo de coalizão foi expressão usada pioneiramente por Sérgio Abranches para designar um ajuste de governabilidade existente no Brasil, por meio do qual o Poder Executivo funciona com base em grandes

comum dizer-se não ser possível governar sem ampla maioria parlamentar (inclusive para alterar a Constituição), assistindo-se no país a uma inesgotável criatividade e heterogeneidade de alianças partidárias. A separação de poderes e a legalidade perdem o seu sentido clássico (BINENBOJM, 2012).

Portanto, com a constitucionalização do direito⁸, a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade ou da legalidade estrita, com o sistema de princípios e regras delineados na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular.

Assim, em especial com essa nova perspectiva ampliada, o princípio da legalidade representa o próprio caráter democrático do direito, garantindo a segurança jurídica e a busca do interesse público. É, sem dúvida, a primeira grande responsabilidade dos órgãos encarregados do controle administrativo.

Ressalta Gustavo Binbenbojm (2012, p. 159):

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa.

Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado somente na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras.

2.1.2. Princípio da impessoalidade

A primeira consideração que se pode fazer sobre o princípio da impessoalidade é que, em linhas gerais, ele direciona o administrador a praticar todos os seus atos visando ao fim legal, colocando o administrador como o executor dos atos necessários para manifestação da vontade estatal.

No dizer de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1991, p. 85), “de um lado o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador, de outro, significa a ausência de nome do administrado”.

coalizões, tendo início especialmente a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso (ABRANCHES, 1998, p. 5-38).

⁸ A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2005).

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados de igual forma, explana que a atividade administrativa deve ocorrer:

[...] sem discriminações benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie (2008, p. 114).

Importante pontuar que, para o autor, em entendimento ímpar, o princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia (MELLO, 2008).

Em obra própria sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 10) esclarece que:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

É válido lembrar que, em alguns casos, a lei erige algo como elemento diferencial, vale dizer: apanha, nas diversas situações qualificadas, algum ou alguns pontos de diferença a que atribui relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniformes entre si (MELLO, 2013).

Assim sendo, se a lei se propôs a distinguir pessoas, situações, grupos e, se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais (MELLO, 2013).

O princípio da impessoalidade, conforme ressaltado por Lucas Rocha Furtado (2016), admite seu exame sob os seguintes aspectos: um dever de isonomia por parte da Administração Pública; um dever de conformidade ao interesse público; e, ainda, a imputação dos atos praticados pelos agentes públicos diretamente às pessoas jurídicas em que atuam.

Sob a ótica do primeiro aspecto enumerado (dever de isonomia), pode-se afirmar que se requer da Administração Pública tratamento isonômico em relação aos administrados, ou seja, sem discriminação, conforme já exposto em passagens acima.

O dever que a Constituição impõe à Administração Pública de conferir tratamento não diferenciado entre os particulares é que justifica a adoção de procedimentos como o concurso público para provimento de cargos ou empregos públicos ou a licitação para contratações.

O segundo enfoque dado pelo autor é em relação à realização do interesse público, equiparando-se ao princípio da finalidade, ao passo que sempre que o administrador praticar

ato de favorecimento ou de perseguição, haverá violação ao princípio da impessoalidade porque não se realizou o interesse público⁹, fim primeiro e último da Administração Pública (FURTADO, 2016).

É como há tempos sustenta Hely Lopes Meirelles (2005, p. 97), ao declarar, de maneira expressa, que o "princípio da impessoalidade, referido na Constituição/88 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade", o qual determina ao administrador público que só pratique o ato com o objetivo de atingir seu fim legal, sendo este unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Por derradeiro, a terceira e última concepção trabalhada retira dos agentes públicos a responsabilidade pessoal, perante terceiros, pelos atos que praticam.

Essa construção normativa da impessoalidade administrativa é atribuída essencialmente a José Afonso da Silva (2010), ao afirmar que os atos e provimentos praticados pelos agentes públicos são imputáveis ao órgão ou entidade em nome de qual o funcionário age. Ele é um mero agente da Administração, de modo que não figura como autor institucional do ato.

Trata-se, essa última hipótese, da aplicação da já conhecida teoria do órgão, criada por Otto Gierke, que prega que a pessoa jurídica expressa sua vontade por intermédio de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas físicas), na forma de sua organização interna. O órgão seria parte do corpo da entidade, assim, sua manifestação seria considerada como da própria entidade.

2.1.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade talvez seja uma das normas principiológicas aplicadas à Administração Pública que possua maior fluidez conceitual.

De início, cumpre observar que dito princípio não está referido à moral comum – e convém acrescentar, individual ou social – ou a este ou aquele ideal de justiça

⁹ O artigo 37, §1º, do texto constitucional brasileiro bem expressa a vedação a essa busca por interesses privados. Confira-se: "§1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

consubstanciado nas convicções pessoais de quem quer que seja, ou ainda numa suposta justiça absoluta universal. Trata-se de moral jurídica¹⁰ (CAMMAROSANO, 2006).

Transcreve-se o condensado na obra de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 71-72) sobre o assunto:

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Referido princípio tem fundamento constitucional (artigo 37, *caput*) e cuida-se de limite substancial a qualquer atividade administrativa, já que a Administração tem que proceder sempre segundo à lealdade e à boa-fé, sendo-lhe proibida a prática de qualquer ato eivado de malícia e dissimulação.

Na mesma linha, é como pontua o espanhol Jesús Gonzáles Perez (1983), ao declarar que é vedado o comportamento astucioso produzido para confundir ou dificultar o exercício do direito do cidadão.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1974, p. 14), em trabalho específico sobre a moralidade, adverte:

Dir-se-á, todavia, que a expressão *moralidade administrativa*, no seu conceito, é uma expressão vazia de sentido jurídico. Não é assim, porém. Está ligada à gestão administrativa, isto é, à forma da lei ou da norma jurídica desde que não deva haver liberdade de atuação a não ser objetivando a ‘boa’ administração ou o ‘bem comum’.

Não se pode alegar que a moral é relativa, apesar de ser complexa a avaliação do caso concreto. Deve o administrador se ater ao conceito jurídico de moralidade, isto é, não pode desprezar o elemento ético de sua conduta. A moralidade passou a ser regra de direito para a Administração Pública, sendo que todos aqueles que desempenham funções administrativas estão sob a esfera de atuação dessa norma.

Dentre vários exemplos de normas que integram essa moralidade administrativa, além daquelas que se depreendem da própria Constituição e das leis em geral, encontram-se os códigos de ética ou conduta de agentes públicos, bem como normas como as que regulam conflitos de interesses.

¹⁰ Recorda-se que muito antes da Constituição de 1988, a doutrina francesa já se ocupava do tema da moralidade administrativa, tendo como sistematizador do conceito Hauriou e posteriormente Welter e Lacharriére (CAMMAROSANO, 2006).

Sobre a moral administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 122) analisa que violar a moral e a ética se traduz na própria violação do direito, justamente devido a sua juridicização. De acordo com ele:

A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Como se pode perceber, é certo que muitos preceitos jurídicos, em razão mesmo do inevitável conteúdo axiológico do direito, incorporam valores ou pautas de comportamento sacados de outras ordens normativas, uma vez que o direito pertence ao mundo ético e seleciona valores de outros segmentos.

Destarte, como bem explica Márcio Cammarosano (2006), há preceitos jurídicos coincidentes com preceitos morais (moral comum), de etiqueta ou de boa educação, mas há também preceitos em descompasso com regras desta ou daquela concepção moral, com elas não coincidentes. Ainda há preceitos dos quais não se pode emitir juízo quanto à sua moralidade ou não.

Logo, percebe-se que não se pode associar o princípio da moralidade administrativa direta e imediatamente à moral comum vigente na sociedade, num certo momento histórico, como se toda a ordem moral supostamente prevalecente tivesse sido juridicizada pelo Direito (CAMMAROSANO, 2006).

Márcio Cammarosano (2006), acima referido, diverge ainda da doutrina majoritária em sua conclusão sobre o princípio em comento. Acompanha os demais autores ao afirmar que nem todo ato ilegal é imoral, mas defende que não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal. Para o autor, não existe ato que seja legal e ofensivo à moralidade, pois só é ofensivo para a moralidade administrativa porque ofende valores juridicizados e, por este motivo, torna-se ilegal e imoral.

Para ele, a imoralidade administrativa é, diga-se, resultante de uma qualificadora da ilegalidade. Sem o vício quanto à legalidade não há que se cogitar da circunstância que a qualificaria especialmente.

Em que pese a maestria da construção do raciocínio acima apontado e a importância de demonstrá-lo no presente item, não se partilha dessa conclusão, uma vez que se acredita que restaria todo o direito entendido exclusivamente dentro do princípio da legalidade se fosse seguida essa linha de pensamento, havendo uma desconsideração das demais normas jurídicas.

Por último, destaca-se ainda a contribuição de Diogo Figueiredo Moreira Neto (1992) para a compreensão institucional da moralidade administrativa. Mencionado doutrinador traz do filósofo Bergson a distinção entre moral aberta e moral fechada.

Explica que a aberta é aquela moral individual que se extrai da consciência que cada pessoa tem sobre o bem e o mal, enquanto a moral fechada diz respeito à social, referindo-se a determinado grupo no qual se desenvolveu para proteger os fins daquele contra o “influxo perturbador da vontade a eles estranha”. Ou seja, a moral administrativa é a moral fechada, criada dentro de um círculo restrito destinado à realização de determinados valores (MOREIRA NETO, 1992).

2.1.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade vem para garantir a afirmativa de que todos os atos da Administração Pública são públicos (ressalvadas as exceções trazidas pela Constituição Federal), o que assegura a transparência dos atos, permitindo que os cidadãos os acompanhem e fiscalizem.

Conforme traduz Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), consagra-se, neste princípio, o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento, aos administrados, dos assuntos que a todos interessam e, muito menos, em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Nesse viés, pode-se afirmar que a publicidade é consequência direta do princípio democrático, pois só há sigilos em regimes ditatoriais, sendo, no Estado Democrático, um direito da população e um dever do administrador a divulgação dos atos praticados pela Administração para que os cidadãos possam tomar as providências necessárias ao seu devido controle (FURTADO, 2016).

Lucas Rocha Furtado (2016, p. 91) também afirma que “se a democracia é o governo do povo, pelo povo, é necessário que o povo saiba o que ocorre nas entranhas das repartições públicas”.

Em relação à modernização, é dever do Estado também desenvolver soluções em informática que permitam o controle da Administração, sobretudo em relação à execução dos gastos públicos, porquanto é evidente que mecanismos de transparência divulgados na internet ajudam a possibilitar o efetivo controle social (FURTADO, 2016).

Deve-se ter sempre em conta que possíveis restrições ou mitigações à publicidade devem ser encaradas como excepcionais e de maneira restritiva. De fato, encontram-se no texto constitucional as restrições à publicidade contidas no artigo 5º, incisos X¹¹, XXXIII¹² e LX¹³ e artigo 139, III¹⁴.

Assim, outras hipóteses de restrição à divulgação de informações por parte do poder público, estranhas a essas hipóteses constitucionais, configuram clara inconstitucionalidade por confrontarem o aludido princípio.

Ademais, todo ato público que não condiz com a verdade pode ensejar o ajuizamento de ação popular, de ação civil pública e de ação de improbidade administrativa, mecanismos de controle advindos da própria Constituição Federal.

Pode-se concluir que o princípio da publicidade tanto impõe à Administração o ônus de divulgar seus atos por meio dos órgãos destinados a esse fim, quanto a sujeita à fiscalização pelos administrados.

Quando a lei não define a forma de divulgação dos atos, deve o administrador atentar para a classificação deles quanto ao alcance, classificação que os divide em duas categorias: internos e externos. Ato interno é aquele cujos efeitos são produzidos dentro da Administração; ato externo, aquele cujos efeitos alcançam pessoas estranhas ao serviço público. Os atos externos devem ser divulgados por meio de publicação em órgão oficial de divulgação; já os atos internos necessitam de divulgação, mas não demandam publicação em diário oficial.

Sobre essa distinção, Lucas Rocha Furtado exemplifica:

A nomeação de candidato aprovado em concurso público, por exemplo, é ato externo, e, não havendo na lei indicação específica quanto à forma como deve ser divulgada, esta deve ocorrer por meio de publicação em diário oficial. Caso esse mesmo servidor, uma vez empossado, solicite a averbação de tempo de serviço, o ato que conceda ou negue sua pretensão é ato interno, motivo pelo qual não necessita de publicação em diário oficial, mas de divulgação por outro meio, como a publicação em boletim interno (FURTADO, 2016, p. 94).

¹¹ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹² XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹³ LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

¹⁴ Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...] III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

Um grande passo, no que se refere à transparência administrativa, foi a entrada em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)¹⁵, que conferiu maior efetividade ao direito fundamental de acesso à informação.

A lei em comento reflete o amadurecimento da democracia no país, no qual a publicidade deve ser encarada como preceito geral, e o sigilo como exceção. Somente com ampla divulgação das atividades do Estado é que a atividade de controle encontra espaço para se desenvolver eficazmente (FURTADO, 2016).

João Gaspar Rodrigues (2014) contribui para o tema trazendo um princípio relacionado, mas ainda mais amplo que o princípio da publicidade: o princípio da abertura.

Citado princípio abrange várias formas de cooperação ativa e comunicação entre a Administração e o público, enquanto que, para o autor, o princípio da transparência se refere à acessibilidade das informações públicas (RODRIGUES, 2014).

No entanto, no presente trabalho, posiciona-se no sentido de que o princípio da transparência, quando eficaz, traz naturalmente esta cooperação ativa traduzida pelo autor como princípio da abertura, não havendo, portanto, uma diferença substancial entre ambos.

O autor contribui para o tema também ao trazer a distinção entre publicidade e transparência, normalmente tidas como sinônimos:

Os termos “publicidade” e “transparência” são tratados, normalmente, como sinônimos. Mas há uma diferença que não é apenas morfológica, mas também política e histórica. A publicidade remonta a discussões políticas e à tomada de decisões em público, como acontecia na ágora ateniense e no fórum romano. A transparência é um termo moderno que requer uma administração pública diáfana, garantindo o acesso do público à informação e permitindo um controle por parte do público. A transparência é legitimada pelo estado de direito, enquanto a publicidade tem sua fonte na democracia (RODRIGUES, 2014, p. 93).

O órgão administrativo é o possuidor de todos os dados e informações, e o cidadão, que tem o dever e o direito de participar, acaba, sem a devida publicidade, sem um completo esclarecimento ou uma compreensão plena. O acesso à informação coloca o cidadão em pé de

¹⁵ Aludida legislação foi rapidamente louvada como passo valioso no caminho da consolidação democrática, reproduzida inclusive em estados e municípios por todo o país. “Afim, superadas as incertezas quanto à dimensão representativa na prática política, o caminho natural seria voltarem-se as atenções para a chamada vertente participativa do princípio democrático, onde se coroaria a enunciação de Bobbio, que identifica seu conteúdo com a expressão ‘poder em público’. Vale consignar a pertinência de uma crítica que considera tardia a disciplina no sistema jurídico pátrio da garantia de acesso a informações em relação ao poder público, seja porque esse é um direito assegurado na ordem jurídica internacional há mais de meio século, seja porque sua consagração explícita no texto constitucional pela alteração empreendida ao art. 37, §3º, II, CF, data da Emenda nº 19/1998, também com já quase 15 anos de vigência” (VALLE, 2011, p. 113).

igualdade com a Administração Pública, revelando-se, neste quesito, parte da força democratizadora da transparência e da publicidade (RODRIGUES, 2014).

Assim sendo, a publicidade e a transparência, em uma Administração Pública, facilitam o controle tanto popular (social) quanto institucional externo (de outros órgãos), trazendo uma Administração Pública proba e comprometida com as necessidades do administrado, restando diminuída a margem para desvios de finalidade e corrupção.

2.1.5 Princípio da eficiência

A eficiência passou a ser tratada como princípio expresso (no sentido de existência de texto) da Administração Pública com a Constituição Federal de 1988, por meio da emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, chamada emenda da Reforma Administrativa¹⁶.

Carlos Alberto Menezes Direito (1998), trazendo um resgate histórico, afirma que essa não foi a primeira reforma administrativa brasileira, rememorando que a primeira¹⁷ foi a ocorrida com o Presidente Getúlio Vargas quando se padronizou a administração, introduzindo a concepção de orçamento como plano de administração, e se modificou a administração de pessoal, criando o famoso Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP¹⁸, com a finalidade de fomentar critério de recrutamento e aprimoramento do pessoal. Posteriormente no Governo do Presidente Castello Branco, viu-se a elaboração de uma nova reforma¹⁹ da administração pública, tendo como eixo o Decreto-lei nº 200/67²⁰.

¹⁶ As reformas administrativas não são um fenômeno exclusivo da realidade brasileira, sendo observáveis em diversos países ao redor do globo. A reforma burocrática teria ocorrido no final do século XIX na Europa e no início do século XX nos Estados Unidos. Pode-se constatar essas reformas igualmente a partir dos anos 80 na Nova Zelândia, Austrália, países escandinavos e Reino Unido (ALCANTARA, 2009, p. 95).

¹⁷ O modelo burocrático proposto na reforma não conseguiu combater o patrimonialismo e foi criticado pela sua obediência acrítica às normas. Conforme Bresser-Pereira (2000), a reforma da administração burocrática não foi concluída, mas diante da realidade da época foi uma maneira de reduzir o clientelismo, o nepotismo e a corrupção, contribuindo para aumentar a eficiência.

¹⁸ Departamento Administrativo do Serviço Público, que havia sido previsto na Constituição de 1937 e foi criado pelo Decreto Lei 579/38. O DASP, além de fornecer elementos para melhoria da máquina pública, deveria fornecer assessoria técnica ao Presidente da república e elaborar a proposta orçamentária.

¹⁹ Essa reforma pode ser compreendida como uma tentativa de superar a rigidez da burocracia e introduzir um modelo de administração pública gerencial. Antes da publicação do Decreto-Lei nº 200, o Estado geria diretamente os serviços públicos por meio da administração direta. Diante do crescimento do volume dos serviços e da desorganização que os mesmos apresentavam, foi necessária uma reforma administrativa, criando e formalizando a administração indireta. Então, a União, o Estado e o Município passaram a delegar às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista a realização de alguns serviços públicos. Além disso, o planejamento e orçamento foram instituídos como princípios da administração pública (RIBEIRO; PEREIRA; BENEDICTO, 2013).

²⁰ Para maiores considerações sobre ambas as reformas citadas, bem como a formação da administração burocrática brasileira, vide: ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinícius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e os significados das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria Rita;

A terceira Reforma Administrativa veio com a promulgação da Constituição de 1988, que, após um período de autoritarismo da ditadura militar, retomou o processo de democratização. Porém, em que pese os grandes avanços trazidos, a Constituição de 1988 resultou no alto custo e na baixa qualidade da administração pública, uma vez que favoreceu o retrocesso burocrático do país e não conseguiu extinguir o patrimonialismo que permaneceu incontido na administração direta e agora na indireta (MATIAS-PEREIRA, 2010).

A quarta Reforma Administrativa foi a advinda da emenda nº 19, que ocorreu quando o Ministério da Administração Pública e Reforma do Estado desenvolveu aquilo que se denominou de reforma gerencial do Estado, tendo como intuito a extinção da chamada administração burocrática e a criação de um sistema de racionalidade administrativa segundo os fins (MOREIRA, 2010).

Como bem explica Uadi Lammêgo Bullos (1998), o objetivo foi implantar um modelo gerencial²¹ que substituísse o modelo burocrático de Estado, ou seja, uma Administração Pública de resultados, por meio do aumento da efetividade dos serviços públicos com estratégias eficazes de políticas públicas e o equacionamento financeiro da máquina estatal.

Cita-se, como contraponto que há na doutrina, os críticos da reforma em questão, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) e Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2013), para os quais ela decorre de um movimento de submersão do Estado Social de Direito.

Em meio às citadas percepções, a chamada eficiência administrativa, em conjunto com outras medidas trazidas pela EC 19/98, passou a constar no cabeçalho do artigo 37, no formato de um dos princípios da Administração Pública, sendo considerado por alguns como um dos aspectos da economicidade²², juntamente com a eficácia e a efetividade²³.

ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Org.). Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado democrático no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 27-72.

²¹ Haveria, ao lado do objetivo gerencial, ao menos objetivos políticos, sociais e econômicos. O objetivo econômico buscaria diminuir o "déficit" público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta; o social, por seu turno, almejaria aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso ao mais carentes; já o objetivo político teria por escopo ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública, estimular a ação social comunitária e desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada (MODESTO, 1997).

²² Vale destacar o conceito de Lucas Rocha Furtado (2013, p. 96) de economicidade, que é o "controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos".

²³ Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 31), eficiência, eficácia e efetividade são conceitos que não se confundem. A eficiência está relacionada ao modo pelo qual se exerce a atividade administrativa; diz respeito à conduta dos agentes. A eficácia refere-se aos meios e instrumentos empregados pelo agente. A efetividade, por sua vez, é voltada para os resultados de sua atuação; sobreleva a positividade dos objetivos nesse aspecto.

Conforme alerta Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2014), as dificuldades existentes no exame dos princípios são maiores quando a investigação tem por objeto o princípio da eficiência, tendo em vista a imprecisão do conceito.

Para alguns autores, como Edson Luís Kossman (2015, p. 83), a eficiência é fazer mais e melhor com menos e não se traduz necessariamente em reduzir “recursos econômicos disponíveis para a busca de determinado resultado, mas sim o alcance de um maior e melhor resultado com os recursos econômicos que se dispõem”.

O autor alerta ainda que:

Quando se fala em eficiência, no sentido amplo, pode se estar falando, entre outros aspectos, de eficiência administrativa, econômica e técnica. Dessa forma, a verificação da eficiência precisa considerar tanto os aspectos quantitativos como os qualitativos, para demonstrar a real utilidade do serviço para os seus titulares e usuários. Assim quando falamos de eficiência, precisamos, em primeiro lugar, saber se na sua avaliação é necessária a verificação de sua eficiência também no aspecto qualitativo, ou nos basta o atingimento da eficiência quantitativa. Assim, é preciso indagar: basta o resultado da equação: “mais por menos”, ou de “mais e melhor, pelo menos possível” (KOSSMANN, 2015, p. 84).

Noutro norte, Lucas Rocha Furtado (2016) explica que este princípio requer, do responsável pela aplicação dos recursos públicos, a análise do custo-benefício de suas decisões, impondo uma necessidade de planejamento, definição das necessidades e indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública.

Em um sentido comum, eficiência é considerada sinônimo de eficácia, valorizando o aspecto dos fins, ou seja, uma ação que produz um efeito desejado. Entretanto, a maior parte da doutrina separa a eficiência da eficácia, distinguindo os conceitos a partir da dicotomia entre meios e fins, necessariamente nesta ordem, ou seja, eficiência se relaciona aos meios, ao passo que eficácia diz respeito aos fins (GROTTI, 2014).

Ponto polêmico, no que tange ao trato da eficiência administrativa, reside no fato de que muitos administrativistas conceituados sequer consideram que deveria ser um princípio expresso, já que sempre coube à Administração agir com eficiência em seus cometimentos (GABARDO, 2002). É como se posiciona, por exemplo, Lúcia Valle Figueiredo (2008, p.64), quando questiona o que iria mudar com a inclusão do princípio da eficiência, uma vez que, “ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos”.

Sem embargo, nesta dissertação, não se seguirá a colocação acima, já que toda interpretação, realizada na construção de uma norma, precisa inicialmente de um texto, afinal não teria o que se interpretar caso não existisse texto expresso. Portanto, ainda que já se pudesse compreender a eficiência como norma jurídica antes da emenda constitucional 19/98,

não há dúvida de que a inclusão do princípio da eficiência facilitou para o intérprete, sobremaneira, a construção da norma da eficiência administrativa que determina a obrigação de seu conteúdo. Logo, não figura como inserção inútil ou desprovida de sentido.

Em nosso país, a eficiência é um princípio de Direito Administrativo e Constitucional que, ao lado de vários outros de igual importância constitucional, condiciona toda a atividade administrativa do Estado, abrangendo inclusive a atividade envolvendo a ordem econômica.

Nesse sentido, alguns autores²⁴ entendem que a eficiência atua tanto na organização econômica, destinada ao planejamento, “regulação, descentralização, fiscalização, estabilização e promoção, quanto na organização administrativa focando na racionalidade, desburocratização e modernidade” (GABARDO, 2002, p. 18).

O autor acima, em visão mais abrangente, critica a posição doutrinária tendente a ligar a eficiência a um caráter exclusivamente economicista, que compreenderia uma espécie de qualidade do serviço prestado característico da iniciativa privada.

Nesse sentido, a posição peculiar do autor em comento, quando se fala em atingir a eficiência, para ele refere-se à análise dos meios e dos resultados, não significando então que somente devem ser consideradas a “celeridade, prestabilidade, racionalidade e economicidade”. Não pode ser eficiente um ato que afronte qualquer outro princípio devido à possibilidade de anulação deste mesmo ato (GABARDO, 2002, p. 97).

A partir desses entendimentos, extrai-se, para o presente trabalho, a conclusão de que apesar de a eficiência entender-se ligada à economicidade, não pode ela se resumir a efficientismo, não sendo possível admitir que em nome de eficiência econômica (fim) ignore-se a legalidade e demais princípios e normas (meios).

Observa-se que metodologicamente é possível concentrar-se somente nos fins públicos ou focar apenas nos meios, mas ambos compõem atualmente o núcleo da noção de eficiência no mundo jurídico (GROTTI, 2014).

Importante também é o entendimento de Dinorá Grotti de que, em suma, a obrigação do estado de ser eficiente impõe: “a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada); e, c) ação satisfatória (dotada de qualidade)” (GROTTI, 2014, p. 277).

²⁴ Em uma visão exclusivamente didática, separam-se em duas as espécies de atuação da eficiência: 1. Na “organização econômica”, que seria destinada ao planejamento (imposição de metas), regulação (de contratos e serviços), descentralização (privatização, competição, desmonopolização), fiscalização, estabilização e promoção (fomento e investimento); e 2. Na “organização administrativa”, que visaria a obtenção de uma Administração racional, desburocratizada, moderna e não-legalista (MENEN; DROMI, 1997, p. 46).

Existem ainda os que entendem a eficiência como uma faceta de um princípio mais amplo, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), qual seja, o da boa administração pública, que, para Guido Falzone, seria, em resumo, desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los (FALZONE, 1953).

Com outra perspectiva, surgem também aspectos a serem apontados, como os que identifica Floriano Azevedo Marques Neto (2009, p. 280):

A prestação da atividade administrativa segue o princípio da eficiência quando ela logra agir de modo rápido, eficaz, preciso e cordato, satisfazendo as necessidades da coletividade. No campo da organização administrativa, a eficiência estará alcançada se a estrutura da Administração for enxuta, racional, transparente e permeável à participação do administrado e à defesa dos seus direitos. Por fim, no campo da gestão, a eficiência interdita o desperdício de recursos públicos, seja impedindo gastos irrazoáveis ou inúteis, seja proscrevendo o desperdício de oportunidade de auferição de receitas públicas legalmente autorizadas.

É possível asseverar que visa a Administração Pública à realização dos fins do Estado de prover as necessidades da coletividade que ele representa, para isso é necessário ordenarem-se os meios de que dispõe e utilizá-los adequadamente, “aglutinando-se os dois elementos fundamentais, quais sejam, o econômico e o jurídico” (GABARDO, 2002, p. 90), ou seja, ao mesmo tempo em que não pode a Administração fugir das normas jurídicas, também é preciso que se utilizem meios econômicos dentro dos limites do ordenamento jurídico.

A economicidade não pode justificar quaisquer meios. Os fins devem ser legítimos e os meios também, havendo inclusive situações em que o econômico será sacrificado pelo jurídico, como em um procedimento licitatório no qual poderia haver a exclusão de um licitante descumpridor das regras de habilitação, ainda que ofertasse o melhor preço para a Administração Pública.

Diogo Figueiredo Moreira Neto sintetiza dois sentidos da eficiência na doutrina:

[...] a eficiência para o tecnocrata tem sentido mais restrito que a eficiência juspolítica: para aquele, basta o atingimento ótimo dos objetivos a que imediatamente se propõe o agir do Estado. Para o direito e para a política a eficiência tem mais duas dimensões: a legalidade – conformar-se externamente à lei – e a legitimidade – atender ao interesse público (MOREIRA NETO apud GABARDO, 2002, p. 91).

A eficiência pode ser traduzida como princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública, impondo, entre outras tantas exigências, a rapidez e a precisão, e contrapondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão. O que não pode ser

interpretado como mero aconselhamento ao agente administrativo, possuindo clara natureza jurídica, sendo normas de administração pública (MEDAUAR, 2004).

Sabe-se que ser eficiente é dever elementar da administração estatal, em seu mister de cumprir encargos, desempenhar funções, exercitar competências, fazer funcionar, enfim, um conjunto de deveres-poderes que lhe comete a sociedade por meio da Constituição e das leis, em prol da satisfação das necessidades públicas, e este dever deve ser induzido e cobrado por instâncias próprias, internas e externas da Administração, como bem salienta Jessé Torres Pereira Junior (1999, p. 42): [...] “imaginar que comportamentos renovados venham a existir porque assim o disse a Constituição é compatível com a histórica tendência cultural brasileira, de remeter para a norma o que é dever pessoal”.

Ressalta-se que eficiência administrativa não é sinônimo exclusivo de eficiência econômica, e sim deve ser entendida como um melhor exercício das missões de interesse coletivo, obtendo-se a maior realização prática possível do ordenamento jurídico com os menores ônus possíveis e, quando houver incompatibilidade entre eficiência econômica e valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve, ao máximo, todos os valores e finalidades consagrados pela Constituição.

Destarte, o equilíbrio entre a função de garantia dos direitos e a função de eficiência deve ser buscado internamente no próprio modelo de Estado preconizado pela Constituição, principalmente com o fortalecimento dos vários instrumentos de controle da atividade administrativa (GABARDO, 2002).

Possibilita-se, assim, o controle a partir da eficiência de forma independente, ampliando-se a possibilidade de acompanhamento da Administração por parte de outros entes, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, já que a averiguação de ineficiência prescinde de realização *a posteriori*, podendo o controle atuar preventivamente aos atos a serem realizados.

O que a sociedade necessita é que o Estado realize e preste atividades, funções e serviços não lucrativos, tais como “a saúde pública, a educação, a assistência social, saneamento básico, segurança pública, entre outros, de maneira eficiente, independentemente da motivação do lucro que é a mola propulsora do setor privado” (PEREIRA JUNIOR, 1999, p. 45). No âmbito público, esta mola deve ser a satisfação do próprio interesse público.

Então, exige-se do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos. Hoje essas são pautas de

comportamento exigíveis do administrador para a validade e legitimidade da ação estatal (MODESTO, 2000).

Daí dever a eficiência ser também entendida como norteadora de controle, de permanente avaliação do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa (MARQUES NETO, 2009).

O princípio constitucional da eficiência é um princípio instrumental, como todos os princípios da Administração Pública. Nenhum princípio de direito administrativo tem valor substancial autossuficiente. Integra-se com os demais princípios, não podendo sobrepor-se a eles ou infirmar-lhes a validade. Não há nisso maior novidade. Por isso, o princípio da eficiência, como todo princípio, não possui caráter absoluto, mas irradia efeitos em quatro dimensões²⁵ (MODESTO, 2000) de extrema importância para solucionar os casos de conflitos entre os princípios, pois permitirá uma análise mais profunda dos princípios conflitantes quanto à sua função e presença no ordenamento jurídico.

2.1.6 Interesse público: supremacia e indisponibilidade

Importante trazer a lume mais dois princípios reitores da Administração Pública e que fundamentam o principal objetivo do controle dos atos do Estado, que é o de atender ao interesse coletivo, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Tendo em vista que ambos os princípios transitam em torno da figura do interesse público, primordial compreender o conteúdo deste.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008) afirma que se acerta em dizer que o interesse público se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta também em sustentar que não se confunde com a mera somatória dos interesses individuais, podendo-se afirmar inclusive que é “função qualificada dos interesses das partes” (MELLO, 2008, p. 59).

²⁵ Segundo Norberto Bobbio (apud BONAVIDES, 2002, p. 255), “as quatro funções ou dimensões primordiais dos princípios jurídicos são: a função interpretativa, que orienta as soluções jurídicas feita pelos intérpretes; a função diretiva de programar a atuação dos órgãos e membros do poder, direcionando a atividade estatal; a função integrativa ou supletiva, que vai suprir as lacunas da lei e suplementar o ordenamento jurídico; e a função limitativa, como dimensão fundadora, pois estabelece os vínculos de relações entre os princípios, não permitindo que haja princípios que fujam da ordem e da dinâmica do sistema constitucional, pois, caso isso ocorra, estes perderiam sua validade e vigência dentro do ordenamento jurídico.”

De maneira próxima, Alice Gonzales Borges (1996) conceitua o interesse público como a reunião de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material. Completa dizendo que esse interesse passa a ser público no momento em que dele participe um tal número de pessoas que seja possível identificar aquele como o interesse de todo um grupo ou, pelo menos, um querer valorativo predominante da comunidade ainda que uma parcela não o reconheça.

Salienta a doutrinadora que o interesse público, em uma ordem democrática, não se impõe coativamente, só prevalecendo em relação aos interesses individuais divergentes com predominância por ser um interesse majoritário, ou seja, sua prioridade se dá quantitativamente e não qualitativamente em relação a um interesse individual colidente (BORGES, 1996).

Não obstante, a autora conclui que a definição do interesse público, por ser um conceito indeterminado, precisa ser preenchida para cada sociedade e para cada tempo, tendo como objetivo atingir o ideal que corresponda à aspiração dos indivíduos (BORGES, 1996).

Sob certas correntes de pensamento contratualista, buscou-se, na vontade individual, a fonte da soberania estatal, abrindo espaço para a ideia de utilitarismo, deixando o bem comum de estar na base da ordem social. A partir daí os homens se uniam pelo contrato, porque isso lhes seria vantajoso, isto é, “substitui-se a ideia de bem comum, impregnada de cunho moral e ideológico, pela ideia de interesse geral de cunho utilitarista” (DI PIETRO, 1991, p. 155).

Vale ressaltar que para alguns contratualistas, como Hobbes, o interesse geral não se distingue do interesse individual; o soberano tem que satisfazer o interesse comum, que consiste apenas em satisfazer os interesses particulares, sendo que só com Rousseau a ideia de interesse geral nasce diversa da soma de interesses individuais, em que liberdade e igualdade individuais aparecem transformadas no estado de sociedade (DI PIETRO, 1991).

Afirma-se que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade²⁶ (CARVALHO FILHO, 2010).

²⁶ “O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, para a maior parte da doutrina, há de prevalecer o interesse público (CARVALHO FILHO, 2010).

Semelhantemente às colocações supra-alinhadas, Daniel Wunder Hachem (2011) esclarece que interesse público, em um sentido estrito, diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre interesses específicos dos administrados (individuais e coletivos), os quais são igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo.

Com essas breves considerações a respeito do conteúdo jurídico da expressão “interesse público”, já se mostra possível investigar quais os contornos dos dois princípios citados inicialmente, que têm, nesse interesse, justamente o seu pilar de sustentação.

Ao tratar de indisponibilidade do interesse público, empresta-se o significado trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello (1967, p. 14), que expõe que sendo o interesse público “interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Vale dizer, mais uma vez, que a Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção, “daí a *indisponibilidade* do interesse público” (DI PIETRO, 1991, p. 163, grifo do autor), ou seja, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas “geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 36), esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. É por tal razão que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser, entre outras, restrições a todos os gestores, ainda que a título eventual, de bens e valores de origem pública. Da mesma forma, os contratos administrativos

motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal” (MEIRELLES, 2005, p. 87).

reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração e todas estas atividades citadas estão sujeitas a controle com fundamento nesse interesse público e em sua indisponibilidade (CARVALHO FILHO, 2010).

Logo, tornam-se indisponíveis os cargos públicos, os bens públicos e o serviço público. Nem quando ocorre, por exemplo, a desafetação de um bem público, dá-se o fenômeno da disponibilidade. “A operação se consuma em face de um interesse público presente e que tem seu substrato fundado na indisponibilidade” (DELGADO, 1994, p. 23).

O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade (CARVALHO FILHO, 2010).

Por outro lado, em relação à supremacia do interesse público, deve-se advertir, desde já, que se adota, nesta dissertação, a posição da constitucionalização do Direito Administrativo, sendo que o princípio em comento é relativizado pela defesa dos direitos fundamentais, havendo sempre a ponderação devida em sua aplicação. Sem embargo, deve-se investigar qual sua concepção clássica e os seus devidos contrapontos.

O princípio da supremacia do interesse público encontra-se tanto no momento da elaboração da lei como de sua execução pela Administração, direcionando o legislador e controlando a autoridade administrativa em sua atuação.

Observa-se que o princípio da supremacia do interesse público constitui alicerce de todo o direito público, aparecendo associado a outras expressões como interesse geral, coletivo, utilidade pública, entre outros exemplos similares.

Vale ressaltar aqui as conhecidas considerações de supremacia do interesse público emitidas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 96):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele [...] afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

A supremacia do interesse público comumente é trabalhada como sendo princípio que proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e do asseguramento deste último, ou seja, é pressuposto da estabilidade de uma ordem social, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados (MELLO, 2008).

De igual modo, a definição trazida por Diógenes Gasparini (2004) ressalta que no embate entre o interesse público e o particular, há de prevalecer o público, pois seria inaceitável que o interesse de um ou de um grupo pudesse prevalecer sobre o interesse de todos. É certo, contudo, que a aplicabilidade desse princípio não significa total desrespeito ao interesse privado, uma vez que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

Em que pese as mencionadas considerações respeitantes ao princípio da supremacia do interesse público, cabível apontar que, em uma visão mais moderna, há entendimentos de que ele deve ser compreendido no marco do respeito aos direitos fundamentais do administrado²⁷.

De fato, cumpre ressaltar que nenhum princípio é absoluto, nem o referido. Caso se concebesse uma supremacia absoluta de algum presumido interesse público/coletivo poder-se-ia cair em concepções coletivistas como as que presidiram certas sociedades políticas da Antiguidade à Modernidade, como Estados totalitários, para os quais o todo (o Estado, a sociedade) é mais importante que as partes (os indivíduos), o que pode levar a consequências autoritárias e antiliberais.

As sociedades políticas contemporâneas são, na maioria, liberais, reconhecendo direitos e liberdades que não permitem uma leitura estritamente coletivista da sociedade, isto é, direitos fundamentais limitam o coletivismo que parece acompanhar, em certa medida, a noção de interesse público ou coletivo.

Em defesa da relativização da supremacia do interesse público em face dos direitos fundamentais, Daniel Sarmiento (2012) analisa que, do ponto de vista de uma teoria moral, a afirmação da supremacia do interesse da coletividade sobre os direitos pertencentes a cada um dos seus componentes pode ser justificada a partir de duas perspectivas diferentes, que, no entanto, mantêm alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo.

Para o organicismo, o interesse público seria algo superior ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política e também diferente deles, enquanto, para o utilitarismo, confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização (SARMENTO, 2012).

Por outro lado, em posição diametralmente oposta, haveria a tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade, assentada sobre o individualismo. Para não cair em extremos, a posição defendida por Daniel Sarmiento (2012) é

²⁷ Partilham deste entendimento Alexandre Aragão, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Daniel Sarmiento, dentre outros.

de que a prevalência há de ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e dos direitos fundamentais, “pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes, baseando-se numa concepção personalista” (SARMENTO, 2012, p. 99).

Nas palavras de Humberto Ávila (2012, p. 111), o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins, afinal “elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex., preâmbulo e direitos fundamentais)”.

Enxergando novos paradigmas do Direito Administrativo, Gustavo Binbenjoni (2008), da mesma forma, encara, com diferente olhar, a considerada supremacia do interesse público. Segundo ele, não há razões de ordem normativa ou lógica que determinam uma condição na qual prevaleça, aprioristicamente, o interesse público em detrimento do privado. Apesar dessa regra de prevalência, cabe ao intérprete realizar um percurso ponderativo, tomando-se em consideração a pluralidade de interesse jurídicos em jogo, sempre visando à realização máxima de todos.

Por outro lado, em uma posição considerada moderada, para Alice Gonzales Borges (1996), é preciso não confundir a supremacia do interesse público, que é alicerce das estruturas democráticas e pilar do regime jurídico-administrativo, com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática.

O fenômeno da constitucionalização do direito administrativo implica a incidência dos direitos fundamentais e significa relativização do princípio (supremacia do interesse público), não sua exclusão.

Trata-se, isto sim, de reconstruir a noção, situá-la devidamente dentro do contexto constitucional, para que possa ser adequadamente defendida e aplicada pelo Poder Judiciário, no exercício de seu inafastável controle (BORGES, 1996).

Nessa toada, a autora administrativista ressalta:

Ora, todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a indisponibilidade do interesse público. Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as chamadas prerrogativas de potestade pública e, de outro, as sujeições de potestade pública, que corporificam o conteúdo da atividade administrativa. Tais prerrogativas e sujeições só encontram sua única razão de ser em face do interesse público que as justifica. Sem sua existência, perderiam qualquer significado, em um Estado Democrático de Direito (BORGES, 1996, p. 3).

Desta feita, cabe à Administração Pública, no seu dia a dia, em um primeiro momento, interpretar o interesse público para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva e dinâmica. Em um segundo momento, cabe ao Judiciário, em um juízo de legalidade, examinar o preenchimento desse conceito jurídico indeterminado, em consonância com as leis e a Constituição (BORGES, 1996).

No mesmo sentido, cabe salientar que Celso Antônio Bandeira de Mello, maior defensor da supremacia do interesse público, é constantemente citado pelos opositores de seu pensamento, destacando seu entendimento em relação à potestade pública, deixando a ideia de ser uma pretensa justificativa ao autoritarismo administrativo. Não obstante, parece haver uma compreensão equivocada do referido administrativista paulista, tendo em vista que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma categoricamente que a administração pública é a atividade de quem não é dono e possui caráter serviente do interesse público, conforme segue:

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada (MELLO, 2008, p. 98).

Dessa forma, os poderes administrativos, que na verdade são deveres-poderes²⁸, só existirão e, portanto, só poderão ser validamente exercidos na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. “Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, ao final, extralimitação da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos 'poderes' de quem titulariza função)” (MELLO, 2008, p. 99). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado. Um dos limites ao exercício desse poderes-deveres é, justamente, os direitos fundamentais.

Vale lembrar as colocações jurídicas de Alice Gonçalves Borges:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode

²⁸ Os poderes que a Administração desfruta justificam-se única e exclusivamente como meios necessários ao cumprimento de certas finalidades legalmente estabelecidas. Portanto, são deveres-poderes, antes que poderes-deveres. A ideia de dever é que é predominante, enquanto a ideia de poder vem marcada por um destino ancilar, já que os poderes são conferidos como simples instrumentos necessários ao cumprimento dos deveres (MELLO, 1983, p. 7).

ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (BORGES, 1996, p. 3).

A jurista faz a ressalva de que o interesse público secundário não é desimportante, uma vez que os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar, de maneira adequada, os serviços públicos que lhe tocam. Porém, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário (BORGES, 1996).

É claro que o interesse público exige a “simultânea subordinação à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais” (BORGES, 1996, p. 3), porém na complexidade do dia a dia, há uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos de proteção, e interesses individuais também públicos, havendo então a necessidade de ponderação entre eles para buscar a solução ótima que realize o melhor e o máximo interesse público, ou, ainda, de uma leitura constitucionalmente adequada de ambos, realizando harmonização no que Konrad Hesse chama de princípio da concordância prática, isto é, bens jurídicos protegidos jurídica e constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados uns aos outros de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro (HESSE, 1998, p. 66-67). O autor alemão ainda acrescenta:

Antes, o princípio da unidade da constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto, ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos (HESSE, 1998, p. 66-67).

Nota-se que o fundamento para o exercício das chamadas prerrogativas de potestade pública é também para atender ao interesse público de manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade.

A Constituição Brasileira consagrou os direitos fundamentais como a projeção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado, de aplicabilidade imediata, consubstanciados como cláusulas pétreas contra a ação do próprio constituinte derivado. Constitui, assim, o grau mais elevado possível de interesses públicos, que devem, em regra, prevalecer sobre todos os demais interesses, públicos e individuais (BORGES, 1996).

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS CONCEPÇÕES

Para se investigar a possibilidade de dizer que algum direito pode ser incluído como direito fundamental, é importante traçar os elementos que compõem tal rol de direitos. Ao tratar do tema, José Afonso da Silva (2010, p. 148) explica:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, segundo Walter Claudius Rothenburg (2000, p. 145), os direitos fundamentais “são universais porque inerentes à condição humana”, pois tal noção gira em torno dos atributos necessários para a condição existencial da humanidade.

Nesse viés, a Constituição Federal traz, em seu artigo 1º, inciso III, que o fundamento do próprio Estado de Direito é a dignidade da pessoa humana. Vislumbra-se, portanto, que um direito fundamental tem como pedra basilar a dignidade da pessoa humana, possuindo supremacia constitucional e aplicação imediata.

Ademais, tais direitos são imprescritíveis, irrenunciáveis, inalienáveis, universais, invioláveis, efetivos, complementares e interdependentes, sendo ainda, no entender de George Marmelstein (2013, p. 246), [...] “normas constitucionais irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito”.

Sabe-se que um direito fundamental possui um conteúdo ético, em seu aspecto material, e um conteúdo normativo-formal, por isso, além de estar encartado nas páginas da Constituição, é preciso que possua um conteúdo ético e moral, que seja valorizado pela sociedade.

Conforme ressalta Robert Alexy (1993), sobre os direitos fundamentais podem ser formuladas teorias de tipos muito diferentes. As teorias históricas, que explicam o surgimento dos direitos fundamentais; as teorias filosóficas, que se ocupam de sua fundamentação; e as teorias sociológicas, que versam acerca da função dos direitos fundamentais no sistema social; são somente três exemplos do universo de teorias concernentes à questão. Não existe quase nenhuma disciplina, no âmbito das ciências sociais, que não esteja em condições de abordar algo sobre a problemática dos direitos fundamentais desde o seu particular ponto de vista e com seus métodos próprios.

Na mesma toada, pode-se empenhar nos distintos níveis de análise em relação aos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, desde um ponto de vista da dogmática constitucional, a justificação para qualificar um direito como fundamental encontra-se em seu fundamento jurídico, ou seja, no reconhecimento que tem um texto constitucional desse direito; desde um ponto de vista da teoria da justiça, o fundamento de um direito se encontraria nas razões ou na justificação racional que pode existir para esse direito; desde um ponto de vista da teoria do direito, um direito fundamental encontra sua justificação para ser considerado como tal por reunir as características que estabelecem na definição teórica que se tira dos direitos; finalmente, para o nível de análise sociológico ou histórico, um direito fundamental terá justificativa na medida em que seja realizado na prática ou tenha alguma relevância histórica, isto é, sempre que não tenha sido pura intelecção ou mera definição de algum pensador, sem nenhuma repercussão prática (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Sem embargo, dos diversos elementos de análise que cercam o estudo dos direitos fundamentais, duas visões que granjearam sucesso dentre os pesquisadores dos direitos fundamentais repousam na sua distinção conceitual sob uma perspectiva formal e sob uma perspectiva material.

Robert Alexy (1993) afirmaria que a fundamentação do conceito de norma de direito fundamental sobre critérios materiais e/ou estruturais é a sua vinculação com um critério formal que aponte a forma da positivação. De acordo com esse critério, todos os enunciados do capítulo intitulado direitos fundamentais são disposições de direitos fundamentais independentemente do seu conteúdo.

Sob o ponto de vista formal, o crucial para a compreensão e identificação dos direitos fundamentais não é seu conteúdo, mas sim o ramo da norma que o reconhece. Só são direitos fundamentais aqueles que estão declarados em normas constitucionais ou, ao menos, nos ordenamentos nos quais se admitem, supralegais. A ideia que se destaca aqui é justamente a dos direitos fundamentais como elemento de resistência frente à lei ou mesmo a sua força vinculativa a todos os poderes públicos, inclusive o próprio legislador (DÍEZ-PICAZO, 2013).

Citado foco é o que se pode afirmar serem estudos de caráter estritamente jurídico, os quais diriam que são direitos fundamentais aqueles que estão consagrados na Constituição, ou seja, no texto em que se considera supremo dentro de um sistema jurídico determinado, simplesmente por estar ali ou porque o próprio texto constitucional dota-os de um estatuto jurídico privilegiado (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Por outro lado, afastando-se de uma visão eminentemente estrutural ou formal dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli (2006) define aqueles como direitos que se reconhecem universalmente a todos enquanto pessoas - ou cidadãos - pelo simples fato de sê-lo.

A conceituação acima representa a construção teórica dos direitos fundamentais sob a ótica material, apontando que o que é verdadeiramente peculiar desses direitos é seu conteúdo, afeto sempre à pessoa humana.

Por certo que ambas as conceituações apresentam seus pontos valiosos. Ao passo que o critério formal põe destaque na máxima fortaleza jurídica dos direitos quando são produzidos em nível constitucional, permitindo mais facilmente acesso às vias de aplicação jurisdicional das normas constitucionais, o critério material explica os direitos fundamentais com independência das concretas características de cada ordenamento, já que, ao menos, na tradição liberal democrática, há direitos que se reconhecem universalmente a todas as pessoas humanas só por essa condição, sendo acessório o modo como estão regulamentados em cada ordem jurídica em particular (DÍAZ-PICAZO, 2013).

Importante destacar, pelos seus próprios conteúdos, que ambas as concepções de direitos fundamentais não se mostraram necessariamente incompatíveis entre si. Como aponta Luis Maria Díez-Picazo (2013), em grande parte dos ordenamentos jurídicos, os direitos reconhecidos como normas constitucionais tendem a coincidir com os direitos que, em todo o constitucionalismo contemporâneo, reputam-se como direitos tidos por universais.

Em diferente análise, Miguel Carbonell Sánchez (2004) ressalta que os conceitos de direitos fundamentais, garantias individuais e sociais, e direitos humanos não são equivalentes, nem podem ser utilizados indistintamente.

Assim, o conceito de garantia não pode ser equivalente ao de um direito. A garantia é o meio, como o nome indica, para garantir algo, fazê-lo eficaz ou devolvê-lo a seu estado original na hipótese de ter sido transgredido, violado, não respeitado. Em sentido moderno, uma garantia constitucional tem por objeto reparar as violações que se tenham produzido aos princípios, valores ou disposições fundamentais (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 39) assinala que “garantia é uma expressão do léxico jurídico com a qual se designa qualquer técnica normativa de tutela de um direito subjetivo.

Para o autor italiano, as garantias, em uma primeira acepção, seriam as obrigações que derivam dos direitos; dessa forma, pode haver garantias positivas e garantias negativas. As primeiras obrigariam abstenções por parte do Estado e dos particulares em respeito a algum direito fundamental, enquanto que as segundas gerariam obrigações de atuar positivamente para cumprir com a expectativa que derive de algum direito (FERRAJOLI, 2002).

Os direitos humanos, por seu turno, são uma categoria mais ampla e que, na prática, é utilizada com menos rigor jurídico que os direitos fundamentais. Muitas vezes, faz-se referência aos direitos humanos como expectativas que não estão previstas, de forma clara, em alguma norma jurídica, com o objetivo de reclamar, o que a algumas pessoas pode parecer uma atuação indevida das autoridades. Para alguns teóricos, seriam direitos humanos até mesmo alguns direitos não jurídicos, como os chamados direitos morais (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Sem embargo, os direitos humanos podem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, estabelecem as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente por todos os ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Tanto que a noção de direitos fundamentais pode ser aludida àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos, em sua norma constitucional e que devem gozar de tutela reforçada (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Na atualidade, os direitos fundamentais passam a ser direitos de participação democrática e também, como sucede com alguns aspectos de direitos sociais, direitos a prestações por parte do Estado. Não cabe aqui pontos de vista ingênuos, estando-se plenamente ciente de que os direitos sociais, para serem realizados, requerem uma certa organização estatal, necessitam de um apoio social, de um conjunto de atitudes cívicas e de um compromisso democrático sério (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Tradicionalmente tem se considerado que as obrigações do Estado, em matéria de direitos sociais (incluindo-se, em termos mais gerais, a relação com todos os direitos fundamentais), têm três diversos níveis: respeitar, proteger e cumprir ou realizar (CARBONELL SÁNCHEZ, 2004).

Como bem apontado por Gustavo Binenbojm (2012), as ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

Poder-se-ia achar que, com a codificação dos direitos do homem por uma Constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais, o problema de sua institucionalização estaria resolvido. Isso não é, todavia, o caso. Muitos problemas dos

direitos do homem agora somente tornam-se visíveis em toda sua dimensão, e novos crescem por seu caráter obrigatório, agora existente (ALEXY, 1993).

Feitos os delineamentos necessários para a compreensão dos direitos fundamentais, suficientes para os objetivos desta dissertação, cabe agora adentrar no conteúdo jurídico da boa administração e verificar se, de fato, trata-se de um direito dotado da adjetivação de fundamental.

2.3 CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao se falar em boa administração pública, a primeira remissão que se deve fazer é ao sistema jurídico italiano, que contém na sua Constituição de 1947, no art. 97, que “*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”.

Essa determinação de um bom andamento da administração (*buon andamento dell'amministrazione*), ou simplesmente “boa administração”, representa o dever de bem exercer a função pública. O cumprimento do dever de boa administração é, portanto, uma exigência jurídica a que o titular do órgão deve atender, tanto em face da pessoa jurídica de que, como órgão, faz parte e dela depende, quanto em face dos demais sujeitos (FALZONE, 1953).

Vanice Regina Lírio do Valle²⁹(2011) informa que a previsão inicial no ordenamento jurídico italiano posteriormente se espalha para todo o conjunto da União Europeia. Nesse sentido, destaca-se o papel cumprido pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia ao, em 07 de dezembro de 2000, explicitarem o artigo 41 na Carta de Nice³⁰, também conhecida como Carta dos Direitos Fundamentais da União

²⁹ A autora Vanice Regina Lírio do Valle trabalha também o conceito de governança como a noção de pluralismo, a valorização da interação social e o caráter político das escolhas públicas, como elementos indissociáveis de um modo de desenvolver a administração pública, trazendo à reflexão os meios institucionais e relacionais nesse modo de gerir a coisa pública, por sua característica de instrumentalização da ação do poder – e a análise dos atributos da função administrativa necessária à concretização do que se designa como “boa administração”.

³⁰ Art 41- Direito a uma boa administração

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:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
 - 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;

Europeia, versando expressamente - e aqui de forma ainda mais clara do que ocorre no texto italiano - sobre o princípio da boa administração na União Europeia.

O conceito de boa administração, esculpido agora no direito comunitário europeu, inevitavelmente acabou sendo aplicado nos ordenamentos nacionais da União Europeia, em especial por meio da construção jurisprudencial dos Estados, como ocorreu, no caso espanhol, por meio das sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo e Tribunais de Justiça autonômicos, que já aludem cotidianamente ao artigo 41 da Carta de Nice mesmo para tratar de conflitos estritamente internos (PONCE SOLÉ, 2010).

Trazendo o conteúdo da boa administração para o contexto normativo brasileiro, apura-se que, desde antes do texto constitucional vigente, Hely Lopes Meirelles (1979), em suas obras mais antigas, já enxergava a existência desse princípio no Brasil, assimilando-o a um dever de eficiência do Estado. Indicava o referido administrativista que haveria um dever de boa administração, inspirado no direito italiano, consagrado pela Reforma Administrativa Federal, por meio do Decreto-Lei 200/67, nas hipóteses em que submete a atividade administrativa ao controle de resultado, fortalece o sistema de mérito ou sujeita à Administração Indireta a supervisão ministerial.

Atualmente Juarez Freitas, um dos autores que se dedicou ao estudo da temática, define a boa administração como sendo o direito a uma administração pública que seja eficiente e eficaz, que seja proporcionalmente cumpridora dos seus deveres e que estes deveres sejam cumpridos com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, além de imparcialidade e respeito ao princípio da moralidade; que permita a participação social e seja responsável por suas condutas tanto omissivas quanto comissivas, bem como que tenha o dever de observar os princípios constitucionais e suas correspondentes prioridades (FREITAS, 2014).

Observa-se que, dentre os cânones necessários para a boa administração, tem-se uma série de princípios encartados na Constituição Federal, em especial os aplicáveis diretamente à Administração Pública, como os previstos no *caput* do artigo 37, que são corolários daquele direito fundamental³¹.

- 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.

³¹ Para Vanice Regina Lírio do Valle (2011, p. 135), a democratização da função administrativa – identificada como direito fundamental à boa administração ou como governança – é propósito que se tem identificado no seu

Tem-se que o princípio da boa administração, portanto, não se encontra expresso na ordem constitucional brasileira, sendo considerado um princípio implícito. Conforme discorre Vanice Regina Lírio do Valle (2011), esse parece ser um ponto em comum entre todos os autores nacionais, que apuram o caráter implícito do princípio em voga, apurando ser ele decorrente dos fundamentos republicanos e do Estado Democrático, da disciplina traçada à Administração Pública e de outros pontos do texto constitucional, mas sempre em consonância com o artigo 5, §2º.

Esse caráter de princípio aglutinador, reunindo uma série de princípios aplicáveis à Administração Pública, é a maneira pela qual a boa administração é encarada na maior parte das ordens constitucionais que não possuem uma determinação textual clara. Beatriz Tomás Mallén (2004, p.100-103) apresenta que a referência ao direito à boa administração se dá, como regra geral, pelo conjunto dos princípios e subdireitos constitucionais relativos à Administração Pública, disseminados ao largo dos respectivos textos constitucionais, ainda que de maneira assistemática. É como ocorre, por exemplo, na Constituição Espanhola, Sueca, Austríaca e Belga.

É justamente esse viés aglutinador e de síntese a novidade desse direito, como sustenta Graciella Ruocco (2003, p. 35), pois logra integrar, sob um único conceito, um conjunto de manifestações já encaradas como direitos em si mesmos.

Prosseguindo na análise do conteúdo da boa administração, para que se possa compreender esse princípio, deve-se falar igualmente em fiscalização e assim devem ser aplicados todos os controles possíveis, sejam eles internos, como hierárquicos, financeiro-contábil, organizativo específico; externos, como o Parlamentar, o Jurisdicional e o realizado por instituições independentes como o Tribunal de Contas; ou mesmo os sociais, realizados por partidos políticos, sindicatos e opinião pública (GABARDO, 2002). Uma boa administração pública é indubitavelmente aquela que possui um fortalecido sistema de controle e fiscalização.

Adverte-se que este direito é decorrente de tal plexo de direitos, regras e princípios encartados em uma síntese, mas que não excluem outros, tratando-se de *standard mínimo* com

núcleo essencial de sentido, mas com um expressivo percurso ainda pela frente no que toca à identificação dos efeitos dessa ideia central sobre a estrutura institucional e relacional da administração pública. A autora entende que “até aqui, todavia, a conclusão que se pode apresentar é do possível reconhecimento de um direito fundamental associado à função administrativa que concorra para o seu aperfeiçoamento e concretização do compromisso com a dignidade da pessoa. A proposta já apresentada pela doutrina é de atualização da principiologia do art. 37 CF, que tem, por decorrência, o recorte na velha categoria de juízo discricionário do administrador, que se veria delimitado pelo dever de formulação de escolhas legítimas”.

o principal intuito de impedir que a discricionariedade conspire contra o direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2014).

Nesse sentido, cabível mencionar a figura da discricionariedade administrativa, que é a principal questão no âmbito administrativo que enseja margem a decisões que porventura deixem de atender a uma boa administração.

Discricionariedade pode ser captada, em um conceito geral, como sendo a faculdade conferida ao administrador de, ante certas circunstâncias, escolher uma dentre várias soluções possíveis, dentro dos limites legais (MEDAUAR, 2004).

Sobre a discricionariedade, é possível pontuar dois principais vícios que devem ser evitados para uma boa administração pública: primeiro, o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva, que desborda para a ocorrência de arbitrariedade por ação, quando a solução optada pelo agente público não tem amparo em regra válida ou, ainda, quando a atuação está enviesada e desdestinada, ocasião na qual ocorre desvio abusivo das finalidades constitucionais ou legais; e, segundo, o vício da discricionariedade insuficiente, ocorrência, neste caso, de arbitrariedade por omissão, quando o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, faltando com os deveres de prevenção e de precaução ou, ainda, faltando com as obrigações redistributivas (FREITAS, 2014).

Neste viés, Juarez Freitas exemplifica o caso da arbitrariedade por omissão:

Nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – verdadeiro dardo que atinge o coração das prioridades vinculantes – traduz-se como descumprimento de diligências impositivas. Para citar palpitante exemplo, tome-se o dever público de matricular crianças em idade pré-escolar na creche. Ora, não se pode deixar de fazê-lo, por mero juízo de conveniência ou oportunidade, sob pena de cometimento do mencionado vício da discricionariedade insuficiente. Juridicamente a ausência de escolas públicas pode gerar a responsabilização do Poder Público, pois a educação é um dever do Estado e um direito do cidadão. Impende, apenas, que os interessados provem que a ausência de uma escola pública, naquele bairro específico, causou dano a uma criança ou a um grupo determinado de crianças. E mais: cobra-se um controle de qualidade da educação oferecida (FREITAS, 2014, p. 27-28).

Portanto, percebe-se que, no exercício das competências administrativas, tanto vinculadas quanto discricionárias, o agente público deve zelar pela eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, pois os princípios e direitos fundamentais vinculam, de modo cogente, e têm de gozar da primazia nas relações administrativas (FREITAS, 2014), observando-se que tanto o excesso na atuação ou o desvio nas escolhas, quanto a falta de ação são igualmente prejudiciais. Logo, cabível o controle em relação a ambas as discricionariedades.

O problema central é recuperar a confiança na gestão pública por meio de mais ação e transparência e descobrir um novo modelo de Administração Pública que se mostre mais eficaz, pois um Estado Constitucional é aquele “das escolhas administrativas legítimas e sustentáveis [...] nele não se admite a discricionariedade irrestrita, intátil, desviante, imediatista. [...] impõe-se combater os recorrentes vícios de arbitrariedade por ação e por omissão” (FREITAS, 2014, p. 13).

Dessa forma, pode-se afirmar que a boa administração há de estar comprometida radicalmente com a melhora das condições de vida das pessoas, devendo estar orientada a fomentar a liberdade solidária dos cidadãos e, para que isso ocorra, é necessário que a Administração Pública trabalhe sobre os problemas reais do povo e procure buscar as soluções escutando os setores atingidos (MUÑOZ, 2012).

Já que o poder público é dividido em diversos setores diferentes, muitas vezes, o agente tomador das decisões não conhece a real necessidade de determinado setor, sendo este um dos pontos no qual deve existir troca de informações e diálogo, pois corre-se o risco de não serem resolvidos reais problemas enquanto foca-se em situações paralelas e pouco necessárias, quando não há diálogo na Administração.

Outro componente, não menos importante, mas que parece fazer parte mais de discursos clichês do que da realidade pública em uma boa administração, é a ética, que deve estar presente nas decisões públicas, selando o compromisso da busca pelas melhores condições de vida dos cidadãos. Entretanto, tal elemento acaba desaparecendo quando o que se vê na Administração é um ambiente unilateral do poder em que surgem situações de “apadrinhamentos, vassalagens impróprias ao tempo presente, exclusões, favorecimentos; em definitivo, o lado mais obscuro do poder” (MUÑOZ, 2012, p. 17).

Apura-se que em todo discurso sobre boa administração, pontua-se que ela deve servir aos interesses gerais, que as ações e reformas devem realizar-se em função das pessoas, promovendo as condições encartadas na Constituição Federal, entre elas a liberdade, a igualdade e a participação social na vida política, a proteção ao patrimônio público, ao meio ambiente, entre outros.

Importante asseverar o que afirma Jaime Rodríguez-Arana Muñoz sobre o ambiente administrativo:

Por isso, para mim a Administração deve ser um ambiente de compreensão e um marco de humanização da realidade, que fomente o objetivo constitucional central: “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais” (artigo 10.1, CE). (MUÑOZ, 2012, p. 26).

A política da Administração Pública deve ser de promoção da sociedade civil, no sentido de que todos tenham liberdade de desfrutar de saúde, educação, trabalho e até mesmo desfrutar da paz, que parece tão abstrata, mas é alcançada à medida que se respeitem os cânones para uma boa administração.

Percebe-se que uma boa administração coloca como centro do sistema a pessoa e os seus direitos fundamentais, é dizer, as políticas devem possuir compromisso com as condições de vida dos cidadãos e não com possíveis ascensões em uma carreira político-partidária ou outros benefícios pessoais (promoção pessoal ou angariamento de clientes, por exemplo) e, quando as pessoas se tornam a referência da organização administrativa, há sustentação para a vida democrática, o que conseqüentemente faz desaparecer bipolarizações simplistas, visto que o fundamental são as pessoas e não ideologias como as de esquerda e direita (MUÑOZ, 2012).

Nesse viés, é fundamental situar como centro da atividade pública a preocupação das pessoas, as suas aspirações, expectativas, os seus problemas e suas dificuldades. Assim, as políticas públicas não podem depender de uma ideologia na conformação de seu projeto e de seu programa, porquanto se caracterizam, em primeiro lugar, por uma renúncia expressa a todo dogmatismo político. A ideologia, nesse sentido que se trata, acarreta uma visão completa e fechada da realidade social e também da história, bem como das ferramentas programáticas para a resolução do problema social, que possui tanto dogmas quanto ideologias (MUÑOZ, 2012).

Então, tratar de boa administração é lidar com valores cívicos e com a presença de valores democráticos retirados de uma noção constitucional de serviço objetivando o interesse geral. Esse poder público, por sua vez, deve ser “aberto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensível, cooperativo, atento à opinião pública, dinâmico e compatível” (MUÑOZ, 2012).

É necessário entender que ter como elemento medular a posição central dos cidadãos ajuda a eliminar os vícios de uma má administração que, por muitas vezes, acaba deixando de realizar as ações com observância aos cânones necessários, justamente por terem deslocado, equivocadamente, o elemento central para a promoção do administrador e não do administrado.

Por essa razão, o direito fundamental à boa administração determina a obrigação de justificar quando da tomada de decisões no âmbito administrativo, existindo um constante

controle das ações administrativas para que sigam sempre o rumo correto, qual seja, o da garantia da dignidade da pessoa humana e da eficiência na Administração Pública.

Em resumo, temos que a boa administração figura como um princípio-síntese, que congrega uma série de outros princípios e regras aplicáveis ao exercício da função administrativa, de modo a conferir uma maior efetividade ao cumprimento dessa atividade, de maneira coordenada e interligada, tendo por escopo sempre o bem-estar da pessoa humana e o interesse público

2.4 QUALIFICAÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito fundamental à boa administração pública é, na visão de alguns doutrinadores, um “novo” direito e uma proposta transformadora do sistema jurídico a partir de duas distintas lógicas: uma que o coloca em relação à teoria dos direitos fundamentais e outra que trata o estudo da Administração Pública como disciplina autônoma (VALLE, 2011). Este trabalho posiciona-se no sentido da primeira, isto é, a que prima pelos direitos fundamentais.

Nesse viés, pode-se afirmar que o Direito Administrativo e o Direito Constitucional são complementares um ao outro, dado que uma Constituição seria um inútil repositório de conselhos sem a sua devida aplicação advinda do Direito Administrativo.

Ao se aventar a boa administração como, mais além de uma norma jurídica, um direito fundamental, deve-se justificar dita asserção levando-se em consideração as duas perspectivas conceituais dessa espécie direito, é dizer, os direitos fundamentais em sentido formal e material.

Conforme apresentado em subcapítulo anterior, em uma perspectiva formal, direitos fundamentais são aqueles que possuem assento constitucional, sendo sua estrutura mais relevante que seu conteúdo.

O direito à boa administração pública, em especial a forma com que se apresenta no sistema jurídico brasileiro, representa um princípio-síntese, isto é, é formado pela atuação coordenada de diversos outros princípios jurídicos, como visto no item anterior.

Embora não haja, de maneira expressa e textual, a menção à boa administração no texto constitucional brasileiro, sua conformação jurídica é composta por princípios voltados à Administração Pública, como os do *caput* do artigo 37 e outros de igual posição constitucional, como a responsabilidade estatal (artigo 37, §6º), a participação popular (artigo 37, §3º) ou ainda uma atuação sustentável (artigo 225, §1º).

Outra não pode ser a conclusão senão a de que o conteúdo jurídico da boa administração encontra-se esculpido no texto constitucional brasileiro. Logo, no que tange à ótica formal, resta evidente que a boa administração assume a forma de um direito fundamental, justamente por ser acobertada dessa proteção constitucional com caráter supralegal.

Em outra perspectiva, a visão material dos direitos fundamentais também encontra guarida na maneira pela qual se compreende o princípio da boa administração pública.

Foi visto à exaustão, no tópico antecedente, que a boa administração tem por finalidade essencial o atendimento da sociedade civil e da pessoa humana. O administrativo é, pelo prisma do princípio da boa administração, o foco da atuação estatal.

Inegável, portanto, que quanto ao seu conteúdo, a boa administração busca primordialmente a proteção da pessoa humana. Sem esse elemento humano, referido princípio se desmancharia e se tornaria uma construção sem sentido jurídico.

Portanto, também sob o viés material dos direitos fundamentais, que leva em consideração o conteúdo normativo, focado nos direitos relacionados à pessoa humana como tal, o princípio da boa administração toma as vestes da jusfundamentação.

A primeira decorrência - e a mais importante - da consideração da boa administração como direito fundamental diz respeito à vinculação do poder público à norma. Ao se encarar a boa administração como direito fundamental, não se dependeria de ação legislativa para sua imediata aplicação nos termos do art. 5º, §§1º e 2º da Constituição Federal (VALLE, 2011), bastando que não se atenda ao preceito encartado para que se possa reivindicar o direito constitucional violado.

Em outras palavras, um dos efeitos do reconhecimento de um direito fundamental seria a transformação dos princípios constitucionais em “acionáveis”, segundo os quais cada pessoa singular seria titular para fazê-lo, reportando-se a um juiz ou a outro órgão de controle determinado (VALLE, 2011).

Com essa inteligência, Sabino Cassese (2009) sustenta que a constitucionalização da boa administração (do direito administrativo como um todo, em realidade) se desenvolve como instrumento para assegurar uma proteção mais eficaz dos particulares pelo poder público.

Estudando-se a sistemática europeia, José Luis Meilán Gil (2013) destaca algumas consequências do reconhecimento da boa administração como direito fundamental relacionadas com o acesso à Justiça: a) possibilidade de reclamação de sua aplicação perante

Tribunais ordinários com um procedimento sumário e preferencial; b) acesso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos em questões pertinentes à boa administração.

Curioso apontar que o fenômeno da inserção no texto constitucional de várias matérias parece estar diretamente relacionado com o grau de confiança/desconfiança da população nas instituições. Assim, por exemplo, se na Inglaterra sequer sente-se a necessidade de constituição rígida e escrita, nos EUA toma-se como imperioso uma Constituição rígida e de um controle judicial efetivo.

A extensão do texto constitucional é sinal - embora não concludente - de que há forte desconfiança em face do legislador, do administrador do Judiciário ou mesmo de todos eles conjuntamente.

Logo, sem embargo da importância da consideração da boa administração como direito fundamental, interessante notar que a ausência de sua colocação de forma expressa no texto constitucional brasileiro, ainda que fosse medida desejável para facilitar o labor hermenêutico, não retira sua normatividade, uma vez que a Constituição traz, desde o nascedouro, os requisitos para uma boa administração, o que demonstra, mais uma vez, não ser a constitucionalização do Direito Administrativo ou a jusfundamentação de um direito o necessário e exclusivo ingrediente faltante para que a receita deste direito obtenha sucesso.

Outra relevante constatação da boa administração como direito fundamental reside na verificação de que é no exercício da função administrativa que se efetivam diversos direitos fundamentais explícitos e implícitos. Destarte, deve-se prestigiar a atividade administrativa para que haja uma aplicação efetiva da boa administração, de modo a superar a exclusiva atuação judicial, que, embora salutar e bem-vinda, tende a se mostrar de maneira essencialmente repressiva, ao passo que o exercício tempestivo da Administração Pública traz melhores resultados (VALLE, 2011).

Somam-se ainda as considerações de Graciela Ruocco (2003), para quem, ainda que a análise da boa administração, compreendida como essa síntese de outros direitos, não seja exatamente uma novidade, a sua interpretação como um direito próprio e fundamental tem a virtude de resumir em uma expressão a formulação de uma nova forma de conceber a relação da Administração com seus cidadãos e de construir essa relação como um direito deles. É dizer, a essencialidade da figura do administrado passa a assumir um protagonismo nas relações administrativas.

Por derradeiro, a mesma autora espanhola demonstra que, ao se considerar a boa administração como direito, deve-se enfatizar a outra faceta dessa constatação, qual seja, a existência de um correlato dever para a Administração Pública de atuar em conformidade com

essa norma jurídica (RUOCCO, 2003). Surge ao Estado a obrigatoriedade de não mais tratar a boa administração como uma mera recomendação, devendo criar mecanismos para sua efetivação, bem como utilizar corretamente os já existentes.

Dessa forma, sintetizando as considerações realizadas, tem-se que mesmo ausente um texto claro e objetivo na Constituição brasileira indicativo da boa administração, pelo seu conteúdo, é inconteste seu caráter de direito fundamental, tanto sob a ótica formal quanto material, o que traz uma maior robustez a ele e garante uma maior proteção dos administrados, que são, afinal de contas, o foco essencial deste princípio.

3. DEMOCRACIA E ESTADO CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA DE CONTROLE

O Estado é uma organização de bens e pessoas para a realização dos direitos fundamentais. Para isso, existem mecanismos jurídicos de controle da atividade administrativa que são voltados a verificar a regularidade dos atos administrativos e impedir desvios (JUSTEN FILHO, 2012).

Nesse sentido, a Administração Pública, no Estado de Direito, assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir que se desgarre de seus objetivos e deixe de atender as balizas legais. Dessa maneira, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada (MELLO, 2008).

Sobre essa sujeição ao controle, Hely Lopes Meirelles consigna que controle significa vigilância, orientação e correção (MEIRELLES, 2005). A execução desse controle pode ser feita de diversas formas e por diferentes agentes.

Como ensina Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho (2008), o vocábulo controle comporta dois sentidos diversos. Primeiro, o controle-fiscalização, que indica o acompanhamento e a fiscalização dos atos praticados por terceiro; há, também, o controle-orientação, consistente na determinação da conduta alheia.

Prosseguindo, Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 11) assinala uma tripla dimensão do instituto do controle estatal, que se volta ao poder, aos meios e aos objetivos:

Na primeira acepção, trata-se de assegurar a liberdade e proscurever o arbítrio, limitando a atuação estatal. No segundo sentido, envolve a utilização mais adequada dos recursos públicos, evitando o desvio de finalidade e a improbidade. Na terceira dimensão, traduz a fixação de metas de longo prazo, que assegurem a estabilidade e que sejam orientadas a satisfazer os interesses dos cidadãos.

Ainda nessa linha de raciocínio, Miguel Seabra Fagundes contribui para o tema explicitando que para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração à ordem jurídica, existe um “tríplice sistema de controle das suas atividades: controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional” (FAGUNDES, 1967, p. 107).

Pode-se afirmar que “um sistema de controle eficaz dá a certeza de que as atividades são completadas de maneira que conduzam aos objetivos da organização” (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011, p. 132).

Para se ter uma excelência do controle, foca-se tanto na conduta do gestor público de agir em conformidade com as normas atinentes, como nos resultados positivos por ele obtidos na concretização das políticas públicas, além da ótica do gasto público racional.

Tendo em vista que se entende a organização do Estado como um ato de limitação de poder, “com dirigentes eleitos periodicamente, em eleições livres, por sufrágio universal e voto direto e secreto e garantindo as liberdades fundamentais da pessoa humana” (CITADINI, 1995, p. 12), torna-se necessário que os atos da Administração sejam sempre controlados de alguma maneira.

Realizando-se um breve resgate histórico, pode-se começar afirmando que, na Antiguidade e na Idade Média, o controle desempenhava a função precípua de auxílio aos governantes, já que seu patrimônio se confundia com o do próprio Estado³².

Na modernidade, por sua vez, realizando-se um salto temporal para a análise da estrutura do poder do Antigo Regime, vislumbra-se que seu exercício (do poder) é fundado não no Direito, mas na vontade do soberano. A imposição de limites por meio das leis, após as revoluções liberais, permite ultrapassar a fase do Antigo Regime, valendo-se da contenção do poder e da subordinação do Estado ao regime da legalidade.

Assim, após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, com a instauração de monarquias constitucionais ou repúblicas democráticas e a paulatina democratização das sociedades, com os regimes democráticos, o controle passa a ter como destinatário o povo, funcionando como instrumento de legitimação do sistema de financiamento do Estado Democrático de Direito (IOCKEN, 2014, p. 44).

Sabe-se que os primeiros sistemas de controle da Administração Pública já apareceram quando da fase embrionária de sua organização, desde sua estruturação com a criação de instituições que recebiam tributos e realizavam despesas, organizavam os serviços públicos e atendiam o cidadão (CITADINI, 1995), apesar de se aperfeiçoarem principalmente após o surgimento do Estado Moderno na Europa em meados do século XVI.

Afirma-se isso, pois, mesmo nos Estados absolutistas, já existia um sistema de controle, ainda que não no intuito de limitar seu poder ou servir como prestador de contas à sociedade. A função primordial do controle, nos regimes absolutistas, sempre foi a de auxiliar e proteger o próprio Estado, em especial realizando-se um controle de cunho patrimonial, atuando mais como controle interno.

³² Trata-se do chamado “patrimonialismo”, cuja matriz teórica remonta à exurgência do uso dos conceitos do jurista e sociólogo alemão Max Weber e que via de regra tende a associar, como ideia principal, o trato da coisa pública pela autoridade como se privada fosse. Renato Janine (2008b, p.38-39) sintetiza esse entendimento apontando que patrimonialismo é “o Estado que o príncipe dirige como sua empresa pessoal, no quadro do capitalismo mercantil”. Trazendo a conceituação para um contexto mais atual, representa “o modo pelo qual governantes de qualquer nível, do presidente ao simples funcionário, se valem do bem comum para sua vantagem privada”.

Já no Estado liberal e posteriormente no Estado Social, o controle exercido já assume uma diferente feição, servindo para proteger o cidadão e limitar o poder estatal, o que evidencia que se falar em controle não representa necessariamente uma faceta homogênea, tendo em vista que sempre houve sistemas de controles com diferentes objetivos.

Tanto no que se refere à preocupação gerencial de aumentar a eficiência da administração por intermédio de uma fiscalização patrimonial, como também em relação à limitação do poder, mudanças importantes ocorrem na fase do absolutismo esclarecido e das repúblicas constitucionais, nos regimes localizados na Europa no decorrer dos séculos XVIII e XIX (SPECK, 2000).

Importante salientar que a preocupação gerencial com o controle caminhou juntamente com o processo da racionalização da própria Administração, pois é nesse momento que surge a concepção da separação entre os bens públicos e privados (SPECK, 2000).

Nada obstante os diferentes propósitos do controle estatal estruturados ao longo da história, tendo como dois principais os modelos de preocupação gerencial e o de limitação do poder estatal, nota-se que a existência de um controle da Administração Pública encontra seu fundamento de validade em diferentes aspectos da estruturação do Estado.

Ademais da própria ideia de legalidade, já vista no primeiro capítulo, apura-se que ao menos três figuras, todas conexas, porém com seus traços próprios, permitem sustentar a existência de um controle do Estado, independentemente de qual seja o propósito almejado. São elas: a Democracia, o Constitucionalismo e a República.

3.1 DEMOCRACIA

Etimologicamente explica-se o significado do vocábulo democracia, que em grego significa, literalmente, poder (*kratos*) do povo (*demos*) (SARTORI, 1993).

Definir democracia, contudo, é muito mais complexo, porque, se por um lado, ela requer uma definição prescritiva, pelo outro não se pode ignorar a definição descritiva. Sem a verificação, a prescrição é irreal; mas sem o ideal, a democracia não é tal (SARTORI, 1993).

A democracia tem em primeiro lugar uma definição normativa, mas por ela não se conclui que o dever-ser da democracia seja a própria democracia e que o ideal democrático defina a realidade democrática. É um grave erro mudar uma prescrição por uma verificação; e tanto mais frequente seja o erro, tanto mais a democracia fica exposta a mal-entendidos (SARTORI, 1993).

Na teoria contemporânea de Democracia apuram-se três tradições de pensamento político: a) A teoria clássica ou teoria aristotélica, segundo a qual a Democracia, como Governo de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, distingue-se da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos. b) A teoria medieval, de origem romana, apoia-se na soberania popular e apresenta a contraposição de o poder supremo derivar do povo e se tornar representativo ou derivar do príncipe e se transmitir por delegação do superior para o inferior. c) A teoria moderna, por meio da construção de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, com duas formas históricas de Governo: a Monarquia e a República, sendo a antiga Democracia uma forma de República (a outra é a Aristocracia), em que se originam os ideais democráticos e republicanos, e o governo popular é chamado, em vez de Democracia, de República (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Na primeira tradição, a tipologia aristotélica, têm-se três formas puras e três formas corruptas. Conforme o detentor do poder governe no interesse geral ou no interesse próprio, o Governo da maioria ou da multidão, distinto do Governo de um só ou do de poucos, é chamado “politia”, enquanto o nome de Democracia é atribuído à forma corrupta, sendo esta definida como o Governo da vantagem para o pobre e contraposta ao governo da vantagem para o monarca (tirano) e ao Governo da vantagem para os ricos (oligarquia) (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 320).

Noutro norte, os juristas medievais elaboraram a teoria da soberania popular, partindo de algumas afirmações como a de que o príncipe tem autoridade porque o povo lhe deu, ou seja, a fonte originária do poder seria sempre o povo, abrindo caminho para a distinção entre titularidade e exercício do poder (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Em relação à democracia, quando se afirma que o poder é do povo, estabelece-se uma concepção sobre as fontes e sobre a legitimidade do poder, isto é, democracia significa que o poder é legítimo somente quando sua investidura vem de baixo, somente se emana da vontade popular (SARTORI, 1993).

A última das três tradições, a republicana moderna, traz com Maquiavel o conceito de República que perdurou até a Revolução Francesa, entendida, em sua oposição ao governo real, como aquela forma de Governo em que o poder não está concentrado nas mãos de um só, mas é distribuído variadamente por diversos órgãos colegiados, achando-se constantemente traços da Democracia moderna, definida como o oposto do regime monocrático (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Assim, se por Democracia entende-se a forma aristotélica, a República não é Democracia; mas no seu caráter peculiar de Governo livre, de regime antiautocrático, encerra um elemento fundamental da Democracia moderna na medida em que por Democracia se entende toda a forma de Governo oposta a toda forma de despotismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Das três formas de Governo descritas por Montesquieu, República, Monarquia e Despotismo, a forma republicana de Governo compreende tanto a República democrática como a aristocrática, quase sempre tratadas separadamente. Quando o discurso visa aos princípios de um Governo, o princípio próprio da República, a virtude, é o princípio clássico da Democracia e não da Aristocracia (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Nesse sentido, Rousseau, enquanto chama República à forma do Estado ou do corpo político, considera a Democracia uma das três formas possíveis de Governo de um corpo político, que ou é uma República ou não é sequer um Estado, mas sim o domínio privado deste ou daquele poderoso que tomou conta dele e o governa através da força (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Por meio dos estudos de escritores liberais como Constant, Tocqueville e John Stuart Mill, afirmou-se que a única forma de Democracia compatível com o Estado liberal, que reconhece e garante alguns direitos de liberdade de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião, seria a Democracia representativa ou parlamentar, na qual o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembleia (como se tivera outrora nas *polis* gregas), mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Sobre democracia indireta, ou seja, representativa, pode-se dizer que uma primeira vantagem é que um processo político permite escapar das radicalizações elementares dos procedimentos diretos, e uma segunda vantagem é que também sem participação total, a democracia representativa subsiste sempre como um sistema de controle e limitação do poder (SARTORI, 1993).

Já para Bobbio, o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de Democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (BOBBIO, 2009, p. 31).

Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente.

Nesse viés, uma decisão, quando tomada por indivíduos e aceita como decisão coletiva, precisa que seja tomada com base em regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e à base de quais procedimentos (BOBBIO, 2009).

Essa primeira colocação de Norberto Bobbio encontra-se intimamente ligada à ideia de democracia em sentido formal. Nessa perspectiva, democracia é encarada como verdadeiro procedimento de decisão, o qual prima pela solução da maioria. Seria ela um meio eficaz de resolver conflitos, inevitáveis em nossa sociedade. Sendo impossível a unanimidade, seria por meio de um procedimento democrático que se produziriam resultados positivos (JANINE, 2008a, p. 59-61).

Hans Kelsen (2000, p. 99) aborda essa perspectiva formal, destacando que a democracia tem por fundamento essencial a ideologia de liberdade, indicando a luta para assegurar a participação do povo nas funções legislativa e executiva. De modo a assegurar essa ideologia de liberdade, valeria-se na realidade do princípio da maioria na escolha, que seria o elemento fundante da democracia real.

Sem prejuízo dessa visão procedimental de democracia, Norberto Bobbio prossegue apontando que para que se realize o procedimento democrático é necessário que, aos chamados a decidir, sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, é dizer, os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de Direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo (BOBBIO, 2009, p. 32).

Disso segue que o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas também jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta, que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais (BOBBIO, 2009).

Essa segunda percepção da democracia demonstra sua faceta material, considerada como valor e não como mero procedimento. Renato Janine (2008a) demonstra que a evolução da concepção democrática, passando ela a assimilar os chamados direitos da pessoa humana

(direitos humanos ou fundamentais), tem por finalidade precípua a limitação do poder dos governantes.

Válidas as palavras de Renato Janine (2008a, p. 23) sobre esse caráter material de democracia: "Para nós, modernos, a democracia não é só decisão que o *demos* toma, o resultado das votações populares. Nem toda decisão da maioria é democrática. Não o será, se violar os direitos humanos”.

Extraí-se que democracia também traz a significação de limitação do poder e proteção a direitos humanos ou fundamentais, o que a liberta, mas sem excluí-la, da sua perspectiva somente formal ou procedimental.

Da compreensão de democracia, em especial de sua vertente material, apura-se que se trata de regime voltado a proteger direitos fundamentais, o que vem a destacar seu papel fundante de um controle em face da Administração Pública, já que limita seu poder justamente pela proteção a direitos.

Outrossim, vale destacar o pensamento de Karl Loewenstein (1979) sobre o assunto quando afirma que o Estado organizado exige de maneira imperativa que o exercício do poder político, tanto em interesse dos detentores como dos destinatários do poder, seja restringido e limitado. Sendo a natureza humana como é, não é de esperar que ditas limitações atuem automaticamente, senão que deverão ser introduzidas no processo do poder desde fora .

Percebe-se então que a ideia de controle possui como um dos seus fundamentos a representação política. Guillermo O’Donnell (1994), partilhando dessa conclusão, assevera que, de alguma maneira, os representantes são considerados responsáveis de suas ações por aqueles sobre os quais afirmam ter o direito a representar.

Como visto, uma democracia ampla e contemporânea deve atingir o Estado e a sociedade, implicando a ideia de controle e regulamentação. Não se trata somente de eleger, mas também da realização de oposição e transparência.

3.2 CONSTITUCIONALISMO

À primeira vista, parece não ser possível identificar o constitucionalismo com a democracia, “se bem que, depois, seja difícil imaginar em concreto uma democracia não constitucional” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Embora dificilmente se possa falar em constitucionalismo no singular, tendo em vista que há diversos movimentos representantes do constitucionalismo com caracteres próprios, é possível enxergar dois pilares estruturantes comuns a todas as vertentes desse movimento que

traduz uma luta ideológica e política, quais sejam, o pressuposto de limitar os poderes do Estado e de defender os direitos fundamentais do ser humano (ALARCÓN, 2017).

Os aparentes contrastes e aproximação entre democracia e constitucionalismo, mencionados no parágrafo de abertura, podem ser mais bem compreendidos justamente pelo conhecimento desses dois pilares.

Sendo uma das propostas essenciais do constitucionalismo a limitação dos poderes, em um primeiro instante, tem-se isso como aparentemente oposto à democracia. Como esclarece Renato Janine (2008a, p. 23) ao tratar da limitação de poder, “um conceito que nasce para impedir que o poder dos reis deslize para o absolutismo ou o despotismo acaba restringindo o próprio poder da assembleia popular”.

Realizando a análise devida, percebe-se que essa limitação como supostamente oposta à democracia somente tem procedência em uma perspectiva de democracia formal, como procedimento. Não obstante, em uma compreensão moderna de democracia, entendida como valor, a limitação do poder, em particular por meio dos direitos fundamentais, conforma a própria definição de democracia.

Ademais desses primeiros pontos de afastamento/aproximação, pode-se observar também que quando se tenta determinar o conteúdo da palavra liberdade, tão repetida tanto pelos constitucionalistas quanto pelos democratas, percebem-se diferenças. A liberdade para os constitucionalistas tem significado essencialmente jurídico, liberdades juridicamente amparadas contra o poder da maioria. Para os democratas, ao invés, a liberdade é em primeiro lugar um valor ético: é a liberdade, para o indivíduo, que se converte em ato através do Estado, ou seja, através da direta participação na coisa pública (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Assim, os constitucionalistas reivindicam para o indivíduo uma ampla esfera de liceidade, impondo conseqüentemente ao Estado o dever de não impedir o exercício desses direitos; os democratas, pelo contrário, querem a participação de toda a comunidade na formação da vontade do Estado, de sorte que esta coincida com a própria vontade do povo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009).

Nesse sentido, é possível a seguinte comparação:

No passado a garantia contra o poder arbitrário se achava sobretudo nos corpos representativos que controlavam o Governo. Hoje, ao contrário, os corpos representativos exercem uma função de controle bastante mais reduzida, porque é através dos deputados que o povo escolhe o Governo, e é justamente na perspectiva de pôr novos limites ao poder de Governo que a temática constitucionalista adquiriu novo vigor no Estado assistencial (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 256).

Ultrapassada essa inter-relação entre democracia e constitucionalismo, como mencionado inicialmente, não se mostra cabível falar de uma única espécie desse movimento constitucional.

De fato, ao longo da história e em contextos culturais diversos, houve diferentes movimentos, que mantinham os dois pilares essenciais do constitucionalismo (limitação do poder estatal e proteção dos direitos fundamentais).

Pode-se falar então em constitucionalismo inglês, norte-americano, francês, latino-americano, liberal, social, contemporâneo (ALARCÓN, 2017; SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2012), dentre outras nomenclaturas cunhadas pelos pesquisadores.

Como o escopo dessa pesquisa não se refere ao aprofundamento dos movimentos constitucionais, cabe por ora somente abordar a figura do chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, que corresponderia ao movimento vivenciado atualmente no Brasil e na maior parte dos Estados Ocidentais, o que o torna merecedor de alguns delineamentos mais minuciosos.

O neoconstitucionalismo tem como marco histórico, na Europa continental, o pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que se pôde tratar dessa efetiva aproximação entre constitucionalismo e democracia (BARROSO, 2006).

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país:

[...] por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2006, p. 4).

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO, 2006).

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos desse novo constitucionalismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes

meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance (BARROSO, 2006).

Em resumo: no pós-positivismo, o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) Como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. (ii) Como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética. (iii) Como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos, resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2006).

Nota-se que, na concepção de direitos fundamentais, a produção de textos normativos constitucionais no arquétipo de princípios ganha especial relevância para a hermenêutica e para a aplicação do direito constitucional. Este pós-positivismo tem o afã de ir além da legalidade estrita, embora não despreze o direito positivado, primando pela reaproximação popular, com a leitura moral e ética do Direito. É inspirado em uma justiça da decisão, embora, frise-se, não comporte arbitrariedade judicial (LUNARDI, 2012).

Dentre os inúmeros conceitos dados ao neoconstitucionalismo, importa enfatizar que são fenômenos inerentes a ele os da constitucionalização, da afirmação da supremacia da Constituição e da força normativa dos princípios.

Adverta-se desde já que a diversidade de concepções e perspectivas sobre o assunto é tamanha que não é possível estabelecer apenas um conceito, mas somente apontar alguns traços “fundamentais”, como diria Humberto Ávila (2009), tais como: mais princípios que regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise individual e concreta do que geral e abstrata; maior valorização do Poder Judiciário e da Constituição em substituição à lei.

Ana Paula de Barcelos (2005) afirma que os valores de uma sociedade traduzidos nos princípios constitucionais ganharam força e imperatividade por todos os ramos do direito, e passou-se, através dessa instituição de princípios, à promoção da garantia dos direitos fundamentais com maior força e destaque.

Vislumbra-se que o Estado Constitucional possui como elemento liberal a proteção aos direitos fundamentais e, como elemento democrático o poder nas mãos do povo por meio de controle e limitação das ações do Poder Público, disponíveis dentro do ordenamento jurídico como as regras e princípios.

Em tom final, apura-se, então, que de igual maneira o movimento constitucionalista (com todas as suas decorrências e espécies) tem o condão de embasar, em controle estatal, uma vez, seus dois pilares fundamentais (limitação do poder e concessão e proteção a direitos), que demandam que o Estado esteja sob permanente controle.

3.3 REPÚBLICA

De início, o termo república remete a uma ideia de forma de governo, aludindo inicialmente à construção feita por Aristóteles, em sua obra *Política*, que trabalha República ao lado da monarquia e da aristocracia, entendendo-a como um governo da maioria, cuja faceta desviada seria a democracia, como visto previamente (RAMOS, 2012).

Essa compreensão de República perdurou pelo menos até 1515, quando Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*, passa a lidar com República como sendo contraposta à monarquia, tendo por característica fundante o fato de o povo ser o titular da coisa pública (RAMOS, 2012, p. 274).

Essa compreensão mais moderna é confirmada no trecho abaixo colacionado:

Na moderna tipologia das formas de Estado, o termo República se contrapõe à monarquia. Nesta, o chefe do Estado tem acesso ao supremo poder por direito hereditário; naquela, o chefe do Estado, que pode ser uma só pessoa ou um colégio de várias pessoas (Suíça), é eleito pelo povo, quer direta, quer indiretamente (através de assembleias primárias ou assembleias representativas) (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, p. 1107).

Observe-se que, ultrapassando-se a mera oposição republicana com o regime monárquico, o núcleo do ideal republicano se refere às razões pelas quais o poder estatal é exercido, é dizer, para quem se exerce o poder. A resposta indica a essência da República: a república se volta ao bem comum, ainda que se tenha que ocorrer em detrimento de vantagens e afetos pessoais (JANINE, 2008b).

Na mesma trilha, como esclarece Gisela Gondin Ramos (2012, p. 274), as noções essenciais de República transitam em torno da coisa pública, do bem de todos ou do interesse comum, reconhecendo-se a existência de um patrimônio que pertence à coletividade, cuja gestão é conferida a órgãos ou sujeitos eleitos periodicamente pelo povo organizado na forma de uma sociedade política.

Deve-se rememorar que a concepção de República como sendo o regime no qual se busca o bem comum, ainda que em prejuízo dos interesses pessoais próprios, encontra lugar juridicamente no supraprincípio, abordado no segundo capítulo, da supremacia do interesse público sobre o privado.

José Afonso da Silva (2010) posiciona-se no sentido de que a ideia de República, comumente vista em oposição à monarquia, deve ser encarada sob o aspecto material e não meramente formal. Assim, o republicanismo implica a necessidade de legitimidade popular dos líderes do Executivo, da existência de câmaras populares em todas as órbitas dos Estados federados, de eleições periódicas por tempo limitado, da não vitaliciedade dos cargos políticos e da prestação de contas pelos governantes.

Sobre o assunto, interessantes são as considerações de Renato Janine (2008b), as quais indicam, do ponto de vista material, que não há uma oposição necessária entre Monarquias e Repúblicas. Segundo ele, as monarquias constitucionais, em especial as do norte da Europa, acabaram se rendendo aos valores republicanos, tornando-se verdadeiras “monarquias republicanas”.

De fato, em sentido oposto, podem-se investigar variados regimes que se autodenominam Repúblicas, mas que se mostram verdadeiros regimes autoritários, possuindo de República somente a aparência e o nome (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2009, 1109)

Nessa toada, tendo-se em consideração justamente os valores republicanos, mais além do que a mera forma, representados pelo ideal da busca pelo bem comum, apura-se que a oposição a esse regime são justamente as práticas que vulneram a coisa pública, a exemplo do patrimonialismo e dos atos de corrupção, priorizando interesses egoísticos em detrimento da coletividade.

Uma outra maneira de se enxergar a República diz respeito a sua associação com o Estado de Direito. É como faz, de forma exemplificativa, Sérgio Cardoso (2004, p. 45-46), quando explica que República:

[...] remete também à ideia de “governo das leis” (e não de homens), de “império das leis” e mesmo de “estado de direito”, expressões que declaram, na sua acepção mais imediata, a prescrição de que os que mandam também obedecem, mesmo nos casos em que a forma de governo não seja democrática e em apenas alguns, ou mesmo um só, ocupam posições de mando e postos de governo.

Realmente é como também apresenta Renato Janine (2008b), ao discorrer que República está ligada ao Direito. Afinal, o Estado de Direito, consagrador do império da lei

ou *rule of law*, enaltece a lei acima dos interesses particulares, o que não é outra coisa senão a ideia de coisa pública ou *res publica*.

Sobre esse aspecto, interessante notar que ao promover a coisa pública, é fundamental que o próprio público a controle, razão pela qual a melhor maneira de se realizar a República é justamente, fazendo-se uma conexão com os itens anteriores, em uma democracia (JANINE, 2008b).

Não há dúvidas, portanto, de que a República, seja uma compreensão mais ampla de Estado de Direito, seja uma acepção atinente a busca do bem comum, é pressuposto inafastável de uma boa administração e da exigência de um controle sobre a Administração Pública.

3.4 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE PRESSUPÕE DIREITO AO CONTROLE

Além de consagrar o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que limita o exercício do poder do Estado ao mesmo tempo em que confere garantias constitucionais ao cidadão, a Constituição Federal também consagra os princípios que formam o regime jurídico administrativo (explanados no capítulo anterior), servindo da mesma forma como limite ao Estado e garantia aos administrados.

Entende-se que o Estado de Direito traz tanto restrições quanto prerrogativas, garantindo-se a liberdade individual, embora condicione a atuação administrativa à lei, sendo certo que as prerrogativas e privilégios outorgados à Administração somente se dão no intuito de viabilizar a realização do interesse público (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

Nota-se que o Estado Constitucional prescreve uma espécie de controle administrativo de constitucionalidade da implementação dos atos administrativos, tarefa a ser cumprida pela Administração Pública e pelos controles em geral.

Apesar de se perceberem vários mecanismos advindos da Constituição que servem como controle, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o controle não está expresso textualmente como direito fundamental, somente sendo possível atribuir-lhe tal característica a partir dos próprios direitos fundamentais e princípios conforme tem sido explicado.

O Estado Constitucional possui o compromisso de afirmar a cidadania e prover o acesso aos direitos fundamentais, que incluem justamente o direito à boa administração, já anteriormente conceituada, valendo dizer que a este direito corresponde o dever de observar a

cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades, pois o direito fundamental à boa administração é um plexo de direitos, regras e princípios (FREITAS, 2015).

Odete Medauar (2004, p. 107) alerta que as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a idéia de função, o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus e sujeições.

Conforme afirma Juarez Freitas (2005), é imprescindível que os controles não permaneçam indiferentes diante de inatividades prestacionais concretas, nem diante de manobras astuciosas e desavindas de qualquer amparo nas prioridades constitucionais.

Trata-se o controle do nosso próprio modelo constitucional, no qual as ações do Estado devem obrigatoriamente ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes no intuito de que apresentem benefícios sociais, econômicos e ambientais (FREITAS, 2005).

O autor faz a ressalva de que vincular demasiadamente pode também ser ruim para a boa administração, pois a rigidez pode atrapalhar o gerenciamento da administração, embora seja irremissível, no Estado contemporâneo, deixar de cobrar a vinculação de qualquer escolha administrativa ao primado objetivo dos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico, o bem-estar social e o equilíbrio ecológico (FREITAS, 2005).

Assim sendo, a conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se justifica, por definição, se imantada pelo primado do direito fundamental à boa administração, com tudo o que representa (FREITAS, 2005).

Juarez Freitas (2005) afirma que a Administração Pública está obrigada a realizar avaliações de custos e benefícios abrangentes (econômicos e não econômicos), com a correspondente prestação de contas, definitivamente exorcizada a recorrente crença em atos políticos sem controle, dado que todos os elementos da tomada de decisão (e respectivas execuções) precisam acatar (não apenas literariamente) as premissas da boa administração, ainda que examinadas obliquamente.

Além disso, dentro desse enquadramento do direito ao controle como direito fundamental, não se pode esquecer que a própria Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão já estabelecia, no art. 15, que “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

Ademais, nesse sentido também é o intuito da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Referida lei deixa claro tal escopo em seu art. 1º: “Esta lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (BRASIL, 1999).

Os direitos fundamentais deixam de ser apenas limites impostos à atuação do Estado, transformando-se em lastro para sua atuação. Portanto, cumpre ao Estado a obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais, não apenas aqueles de cunho individual, mas também os de natureza coletiva (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

Nesse sentido, Nuria Cunill Grau (1998, p. 269) passa a discorrer sobre *accountability*, asseverando que “o que se exige é um senso de responsabilidade ante os clientes, de modo que a atenção e as energias de cada unidade de trabalho se concentrem em satisfazer as necessidades de pessoas concretas”.

Saliente-se que a *accountability* destaca a necessidade de se levar em conta as consequências das ações de cada um para o bem-estar de toda a sociedade, o que imprime grande importância ao processo de decisão, na medida em que as demandas por *accountability* não obrigam apenas a considerar o que as pessoas que formam a administração pública “fazem”, mas também “como” pensam, de tal modo que o que quer que “decidam fazer” leve em consideração as consequências para a sociedade (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

Em síntese, a autoridade discricionária da Administração Pública não só tem de ter fundamento democrático, mas também tem de poder ser examinada e questionada, para que a dialética autonomia-representatividade possa operar devidamente (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

Portanto, a estrutura da Administração Pública enfrenta, atualmente, um duplo desafio, qual seja, o de ela própria tornar-se democrática e, igualmente, viabilizar a participação dos cidadãos nos processos decisórios (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

Cumpre destacar que para se alcançar a governança são necessários instrumentos de organização e gestão que propiciem uma ação eficiente da Administração Pública, voltando-se a atenção principalmente para os direitos sociais. Esses instrumentos de organização devem assegurar uma Administração Pública responsável, que possa controlar seus próprios atos

(OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008). Destaca Nuria Cunill Grau (1998) que, de fato, naquelas atividades que derivam das missões de controlar e garantir, que cabem à Administração Pública, e especificamente naquelas unidades dirigidas ao controle de outras unidades administrativas (controle de legalidade ou financeiro) ou ao controle de outros agentes sociais, “o modelo garantidor parece manter, com certas modificações, toda sua vigência” (GRAU, 1998, p. 240).

A Administração Pública tem o dever de proceder a escolhas legítimas, o que materializa um direito fundamental à boa administração. Saliente-se que o Estado da escolha administrativa legítima deve ser o Estado da proporcionalidade. É imprescindível o controle de legitimidade, ao lado da eficiência e da eficácia, exigindo-se a motivação dos atos discricionários e vinculados (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

Dessa forma, o direito ao controle se torna imprescindível, na medida em que o dever último é o da boa administração, entendida esta como a atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais, primando-se, sempre, pela concretização dos direitos fundamentais (OLIVEIRA; VARESCHINI, 2008).

3.4.1 Controle judicial

Ao falar de controle da Administração Pública, dentre os diversos protagonistas e mecanismos envolvidos, um que se mostra em posição de destaque, sem dúvidas, é o Poder Judiciário.

Como sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), o controle judicial constitui, ao lado do princípio da legalidade, um dos fundamentos no qual repousa o Estado de Direito.

Desse modo, o controle judicial pode ser compreendido como aquele "poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Poder Judiciário" (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1099).

No Brasil, em relação ao controle judicial, adotou-se o sistema de jurisdição una, é dizer, o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional. Assim, contrariamente ao que ocorre em Estados como França ou Espanha, não há o sistema do contencioso administrativo, no qual existem, ademais da estrutura do Judiciário, outros órgãos de caráter administrativo que exercem igualmente a função jurisdicional, podendo apreciar lides com força de coisa julgada (DI PIETRO, 2017).

A importância do controle judicial mostra-se destacada, em especial em face do texto constitucional brasileiro vigente, diante do amplo rol de direitos fundamentais estatuídos nele, o que ocasiona, quando a Administração Pública se desbordar de seus limites, essa forma de controle para restaurar a situação de legitimidade (CARVALHO FILHO, 2010).

De fato, essa função do controle judicial há tempos é sentida por Miguel Seabra Fagundes, quando este sustenta que sua finalidade essencial é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública (1967).

3.4.2 Breves apontamentos sobre o controle de constitucionalidade

A Constituição goza de supremacia - princípio jurídico que atribui à Constituição uma força subordinante e a eleva à condição de legitimidade e validade de todas as normas jurídicas positivadas em um dado Estado - e é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais (CUNHA JÚNIOR, 2010).

Citada supremacia restaria comprometida se não existisse um sistema que pudesse garanti-la e, em consequência, manter a sua superioridade e força normativa, afastando toda e qualquer antinomia que venha agredir os preceitos constitucionais. “É nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineado pelo próprio texto constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 39).

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e dos atos normativos (MENDES, 2000).

Dessa maneira, em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado (CUNHA JÚNIOR, 2010).

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser caracterizado pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais (MENDES, 2000).

Esse controle pode ser prévio (preventivo) ou posterior (repressivo), sendo, em razão do princípio da separação dos poderes, aplicável aos três Poderes do Estado.

Far-se-á apenas um parâmetro geral do assunto para então adentrar nos tipos de controle, que é o objeto deste trabalho, pois, embora o tema do controle de constitucionalidade seja assunto da mais alta relevância, trata-se de temática de extrema complexidade e que merece trabalho exclusivo, não sendo a proposta da presente dissertação.

Em se tratando de controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo Legislativo, verifica-se a análise prévia sobre o projeto dos atos normativos primários em votação, realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), na Câmara e no Senado, durante a elaboração dos projetos legislativos.

A meta do controle político é assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a proteção direta das liberdades individuais. O seu principal efeito consiste em tolher o nascimento jurídico da lei inconstitucional (BONAVIDES, 2002).

Ocorre o controle preventivo quando, no processo legislativo, os projetos de lei ou propostas de emenda são submetidos às Comissões de Constituição e Justiça. Nesse caso, o controle é do próprio Legislativo.

Também ocorre controle preventivo quando, ainda no processo de elaboração das leis, os projetos de lei são submetidos à sanção ou ao veto do Chefe do Executivo. Nesse caso, o veto pode ser jurídico³³, com fundamento na inconstitucionalidade, ocasião na qual se manifesta o controle preventivo pelo Executivo.

Por fim, o Poder Judiciário, no caso o próprio Supremo Tribunal Federal, poderá ser conclamado a exercer, ainda que excepcionalmente, o controle preventivo de propostas de emendas à Constituição. A Suprema Corte, embora admita o controle preventivo nessas hipóteses, apenas o faz em caráter incidental, permitindo a qualquer parlamentar impetrar mandando de segurança (TAVARES, 2003).

Refere-se, nesses casos, a hipótese de mandado de segurança impetrado por parlamentar, na defesa de um processo legislativo juridicamente regular quando este direito-função estiver ameaçado, por exemplo no caso de Emendas Constitucionais que violam cláusulas pétreas. O remédio constitucional, no caso, impede a votação do projeto, suspendendo o prosseguimento do processo irregular de votação.

³³ Vale ressaltar que existe o veto político e o veto jurídico. O veto é político quando o Chefe do Executivo entende que o projeto é contrário ao interesse público. O veto é jurídico quando veta-se o projeto não mais por ser contrário ao interesse público, mas por entender que o projeto é inconstitucional. Nos termos do art. 66, §1º, da CF/88, estabelece a Carta Magna que se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político), vetá-lo-á total ou parcialmente. Somente o veto jurídico é, de fato, o controle de constitucionalidade prévio, o veto político não é controle de constitucionalidade, porque nesse caso não há afronta à Constituição.

Noutro norte, como afirmado no início deste item, o controle repressivo também pode ser exercido pelos três Poderes.

Primeiramente, tem-se que o Poder Legislativo pode exercer controle de constitucionalidade em momento posterior quando da hipótese de rejeição de medidas provisórias (artigo 62 e parágrafos da Constituição Federal).

Além disso, dispõe o art. 49, V, da CF/88 que compete ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. O Legislativo, assim, pode suspender ato normativo do Executivo quando este exorbitar os limites: (a) do poder regulamentar (art. 84, IV, CF/88); (b) da delegação legislativa (art. 68, CF/88). Em relação ao segundo caso, trata-se, pois, de um controle de legalidade, sendo a inconstitucionalidade meramente reflexa. Havendo, então, exorbitação do Executivo aos limites impostos pelo Legislativo, pode este atuar repressivamente sustentando atos normativos do Executivo.

É possível ao Executivo também, em hipótese excepcionalíssima, realizar controle de constitucionalidade repressivo. Trata-se de hipótese, já reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte, do exercício do controle de constitucionalidade pelo Executivo com a não aplicação de lei que repute maculada de inconstitucionalidade (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

É uma possibilidade conferida aos chefes do Poder Executivo de não aplicar determinada lei ou ato normativo quando entender que essas espécies são inconstitucionais. Nesse caso, a lei fica ineficaz por opção do Executivo, que tem a possibilidade de descumprir um ato legislativo quando entender inconstitucional, que, embora não exista previsão expressa em lei, tem reconhecimento nos tribunais³⁴ (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

O controle de constitucionalidade no Brasil adota como regra a teoria da revisão judicial dos atos legislativos. Toda e qualquer lei que viole a Constituição pode, em tese, ser objeto de impugnação ao Judiciário, cabendo a este a função precípua de guardião da

³⁴ O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definitiva a respeito do tema, apesar de historicamente ter se posicionado no sentido da possibilidade de o Chefe do Executivo determinar que não se cumpram leis inconstitucionais. Posteriormente ao surgimento do controle abstrato por meio do MS 15.886, discutiu-se a questão restando reafirmada a posição histórica. Anos depois voltou a Corte Suprema a mencionar o tema na ADI-MC 221, de relatoria do Ministro Moreira Alves, afirmando que poderia o chefe do Poder Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente leis inconstitucionais, porém novamente o tema deixou de ser discutido no mérito da ação, não podendo dizer-se que reflete a posição consolidada do STF. Já no Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência nesse sentido é expressa como vislumbra-se do RESP 23.121. Noutro norte, a doutrina se divide sobre a questão e dentre os argumentos contrários à posição majoritária dos Tribunais está a presunção de legitimidade dos atos do Poder Público e a insegurança Jurídica que tal posição ocasionaria.

Constituição, o que pressupõe a competência originária para o controle de constitucionalidade.

Aqui, portanto, está a maioria esmagadora dos casos de controle de constitucionalidade, sendo atividade corriqueira e ordinária do Judiciário a realização do controle repressivo de constitucionalidade. No direito brasileiro adotou-se o chamado controle misto de constitucionalidade, porque admite tanto o controle concentrado, no âmbito da Corte Maior e dos Tribunais de Justiça nos Estados, como também o controle difuso, realizado por todos os órgãos do Judiciário (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Cabível trazer à colocação ainda a questão da Corte de Contas, figura tão cara a esta dissertação. Sendo um órgão que auxilia na realização do controle externo da Administração, ao lado do poder Legislativo, pode ela exercer aferição de constitucionalidade no exercício do seu mister. O Supremo Tribunal Federal (STF) autoriza expressamente essa possibilidade, por intermédio da Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”³⁵.

Ao Tribunal de Contas, contudo, só será possível declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo *in concreto*, jamais em abstrato, caso contrário estaria havendo usurpação da competência do próprio STF (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Contudo, há que se ressaltar que o tema atualmente tem gerado certa polêmica, sobretudo porque o STF, em várias decisões monocráticas em sede de liminar, vem suscitando a necessidade de revisão da referida Súmula, porque exarada em momento anterior à CF/88. A regra atual, portanto, é que cabe declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas para afastar a aplicação da lei no caso concreto, mas existe uma inclinação no STF (vide o julgamento da Medida Cautelar no Mandado de Segurança - MS 26410) no sentido de mudar esse panorama, ainda inalterado (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

3.4.3 Controle legislativo

Ademais do controle judicial exercido sobre os atos da Administração Pública, também se encontra presente, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle exercido pelo Poder Legislativo, nos limites previstos no texto constitucional.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 347. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menySumarioSumulas.asp?sumula=2149. Acesso em: 20 out. 2017.

Uma das principais formas de controle legislativo é o denominado pelo doutrina de controle político. Seria uma forma de controle que abarcaria aspectos de legalidade e de mérito, apreciando decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade (DI PIETRO, 2017).

Podem ser apontados como exemplos dessa modalidade de controle todos os oriundos da Constituição Federal: a competência do Congresso Nacional e do Senado para apreciar, previamente ou repressivamente, os atos do Poder Executivo (artigos 49, incisos I, II, III, IV, XII, XIV, XVII e 52, incisos III, IV, V e XI); convocação pela Câmara dos Deputados, pelo Senado ou quaisquer de suas comissões de Ministro de Estado ou titular de qualquer órgão diretamente subordinado à Presidência da República para prestar, pessoalmente, informação sobre assunto previamente determinado (artigo 50); apuração de irregularidade pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), as quais têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (artigo 58, §3º); a competência do Senado para processar e julgar os crimes de responsabilidade de determinadas autoridades, a exemplo do Presidente da República (artigo 52, incisos I e II); a sustação pelo Congresso Nacional de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (artigo 49, inciso V) (DI PIETRO, 2017).

Há que se destacar que o controle realizado pelo Legislativo, se exercido da maneira devida, não representa violação à separação dos poderes. Pelo contrário, o papel do controle legislativo, conforme defende Philip Gil França (2016), é justamente garantir a independência da Administração Pública diante de pressões políticas externas, servindo para manter o Executivo no exercício regular de sua função estatal, servindo como freio a eventual abuso de poder.

Ao lado dessa primeira forma de controle (cunhada de política), atribui-se também um controle financeiro ao Poder Legislativo. É nessa segunda forma que sempre emergiu com destaque o controle orçamentário (VASCONCELOS, 1966) exercido pelo Poder Legislativo. Cabendo-lhe a votação e aprovação das leis orçamentárias no Brasil (artigo 48, inciso II), as quais refletem uma estratégia política do governo, as suas metas, prioridades, política social e econômica (OLIVEIRA, 2006), cabe ao Legislativo, em um primeiro momento, a conformação dessa estratégia apresentada pelo Poder Executivo.

Ademais, em um segundo momento, também se mostra como atribuição do Legislativo a fiscalização financeira e orçamentária, conforme se retira do artigo 70 do texto Constitucional.

Além dessa atribuição, não raro se incluem as competências conferidas aos Tribunais de Contas como sendo próprias³⁶ do Poder Legislativo (é como faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo). Sem embargo, ainda que as atribuições exercidas pelas Cortes de Contas, em particular as atribuições do artigo 71 da Constituições (que serão visitadas no próximo capítulo), tenham por fim auxiliar o Legislativo no exercício do controle externo, não se tratam de controles exercidos pelo próprio Poder Legislativo, mas sim, de maneira exclusiva, pelos Tribunais de Contas.

Dessa maneira, no que tange às atribuições de controle dos Tribunais de Contas, que não se confundem com o controle desempenhado pelo Legislativo, elas serão trabalhadas em capítulo posterior, não cabendo, por ora, desenvolvê-las de maneira aprofundada.

3.5 TIPOS DE CONTROLE: INTERNO, EXTERNO E SOCIAL

Examinando-se os diferentes tipos de controle da Administração Pública existentes na Constituição de 1988, consigna-se primeiramente a existência do controle interno, enquadrando-se os mecanismos existentes dentro da própria estrutura administrativa a ser controlada.

O controle interno pode ser conceituado como aquele exercido por órgão que esteja dentro da estrutura do poder controlado e tenha sido criado para desenvolver essa atribuição específica (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Interessante definição do termo também é apresentada por Hely Lopes Meirelles:

O controle interno objetiva a criação de condições indispensáveis à eficácia do controle externo e visa a assegurar a regularidade da realização da receita e da despesa, possibilitando o acompanhamento da execução do orçamento, dos programas de trabalho e a avaliação dos respectivos resultados. É, na sua plenitude, um controle de legalidade, conveniência, oportunidade e eficiência (2005, p. 713).

Oportuno mencionar que o controle interno não se confunde com a autotutela, porquanto não possui competência para anular ou revogar atos administrativos.

Assim, o controle interno possui duas importantes atribuições: a) criar condições indispensáveis à eficácia do controle externo; e b) servir como órgão de assessoramento da autoridade administrativa, para que seja assegurada a regularidade da realização das receitas e da despesa³⁷ (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

³⁶ Marçal Justen Filho, na mesma trilha seguida nesta dissertação, diferencia o controle externo a cargo do Poder Legislativo propriamente dito e o controle externo a cargo do Tribunal de Contas (2012, p. 1129-1131).

³⁷ Essas atribuições encontram guarida no art. 74 da Constituição Federal.

Já José Francisco Ribeiro Filho et al. (2008) explicam que a qualidade e os procedimentos para formação de opinião do controle externo, quanto à adequação e conformidade dos atos de gestores de patrimônios aos parâmetros³⁸ de legalidade, economicidade e efetividade, são função da estrutura, funcionalidade, competência técnica e grau de integração do controle interno da entidade (RIBEIRO FILHO et al., 2008).

A ideia é estabelecer uma integração virtual do controle interno, em que cada entidade da Administração Pública contaria com, pelo menos, um computador ligado à Internet. Seriam ofertados sistemas de bancos de preços para orientar compras; sistemas de apoio à execução orçamentária; sistemas de informações gerenciais com indicadores comparativos e outros (RIBEIRO FILHO et al., 2008).

Dessa forma, percebe-se que a existência de controles internos sólidos, consistentes e que sejam realmente utilizados pelos órgãos públicos é condição *sine qua non* para garantir a eficácia do controle externo. Um controle interno forte possibilita a redução de atos ilegais e dos riscos de desvios na aplicação dos recursos públicos³⁹ (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Em contraste ao controle interno, o controle externo no Brasil, entendido principalmente como aquele exercido pelo Legislativo, mediante a atuação do Tribunal de Contas, foi largamente ampliado pela Constituição de 1988⁴⁰.

No entanto, além do controle pelo Legislativo, registre-se que se diz externo todo e qualquer controle quando exercido por órgão não integrante da organização a que pertence o órgão controlado (BRITTO, 1992).

³⁸ Para o autor, para se alcançarem esses parâmetros, o controle interno deve considerar as seguintes áreas de eventos prováveis: a) Planejamento: estabelecimento prévio dos caminhos que podem ser trilhados; b) Execução orçamentária: definição de sistema de informações que auxilie procedimentos de recolhimento de receitas; procedimentos licitatórios; empenho e liquidação da despesa e pagamento; c) Gestão de pessoal: adoção de procedimentos para admissão de pessoal, capacitação e educação continuada; folha de pagamento e sistema previdenciário; d) Sistema de informações contábeis-gerenciais: desenvolvimento e implantação de sistemas que garantam confiabilidade e evidenciação das informações produzidas; adoção de tecnologias de informação adequadas à realidade organizacional (RIBEIRO FILHO et al., 2008).

³⁹ No âmbito do Ministério Público da União, cada ramo possui seu próprio controle interno. Dessa forma, tem-se um controle interno no Ministério Público Federal, um no Ministério Público Militar, um no Ministério Público do Trabalho e um no Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Os Poderes Judiciário e Legislativo caminham no mesmo sentido, ou seja, cada órgão possui o seu próprio controle interno. Assim, há um controle interno no Supremo Tribunal Federal, um no Superior Tribunal de Justiça, um no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, um na Câmara dos Deputados, um no Senado Federal e assim por diante. Interessante esclarecer que o próprio Tribunal de Contas da União possui o seu controle interno, pois a Corte de Contas federal exerce atividades administrativas como qualquer outro órgão da União (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011, p. 136).

⁴⁰ Artigos 70 e 71 da Constituição Federal.

Seguindo essa premissa, também se insere no controle externo o chamado controle jurisdicional que é realizado por órgãos do Poder Judiciário⁴¹. Nesse sentido, caso o Poder Executivo realize algum ato administrativo que esteja eivado de ilegalidade, poderá o Poder Judiciário, desde que provocado, anulá-lo⁴². Assim sendo, está presente um controle externo típico, pois um Poder poderá anular ato produzido por outro Poder (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Os autores acima entendem que o controle judicial não pode ser realizado de forma ampla e irrestrita. Somente os aspectos ligados à legalidade do ato administrativo podem ser levados ao crivo do Poder Judiciário⁴³, sendo-lhe vedada a apreciação de aspectos relacionados à conveniência e à oportunidade, porque esses são inerentes ao mérito do ato administrativo (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

No entanto, apesar de já ter vigorado um dogma de insindicabilidade com base na ideia de separação dos poderes, isso foi relativizado, podendo haver controle sobre o mérito em casos excepcionais, com base em ideias como a de proporcionalidade ou, ainda, em situações como desvio de finalidade e de aplicação da eficácia vinculante da motivação.

Vale fazer a ressalva de que embora haja tal hipótese, acima apresentada, de controle, há que ser limitada para que o Judiciário não acabe por substituir o administrador, violando justamente o primado da separação dos Poderes.

Retomando o foco para o primeiro grupo de controle externo citado no início deste item, do Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, imprescindível o lembrete de Sergio Ferraz (1992) de que o âmbito de atuação do Legislativo e das Cortes de Contas é hoje imenso, por isso não mais restrito à legalidade, abrangendo também a legitimidade e a economicidade da atuação administrativa. Da mesma sorte, vitalizou-se o papel dos Tribunais

⁴¹ Salienta-se que o foco nesta dissertação será o controle externo realizado mediante a atuação do Tribunal de Contas, sendo que sobre o controle externo pelo Judiciário serão apresentadas algumas pequenas considerações ao longo do texto, mas sem a pretensão de aprofundar nesse debate, o que demandaria um trabalho autônomo.

⁴² A propósito, vide Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

⁴³ Não se pode olvidar, contudo, que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, devendo, sempre, ser provocado. Dessa maneira, a anulação do ato vai depender da atuação de outro agente. Essa provocação poderá ser feita pela sociedade, caso em que se terá o chamado controle social, ou por intermédio do Ministério Público. Assim, tem-se que o controle jurisdicional não é apenas realizado pelo Poder Judiciário, porquanto é necessária a presença de outros atores para tanto. Uma das formas de atuação do Ministério Público como provocador do controle jurisdicional é por meio da interposição da ação civil pública (sem esquecer que a ação civil pública ainda possui outros legitimados) (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

de Contas, dificilmente podendo-se dizer serem eles apenas meros auxiliares do controle externo.

Percebe-se que às Cortes é integralmente atribuída a competência para agir, podendo decidir como considerar necessário, assumindo, em alguns casos, inclusive, a prática do ato de sustação do ato analisado⁴⁴, diretamente. Por ser justamente o foco deste trabalho, adentrar-se-á mais detalhadamente neste tipo de controle no próximo capítulo em item próprio.

Noutro norte, a fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado, expressão utilizada por Carlos Ayres Britto (1992), é a exercida por particulares e instituições da sociedade civil e a ela se aplica a expressão controle social, sendo este controle a prova de que a população pode tomar satisfações daqueles que estão encarregados de zelar por tudo de todos.

Apesar de pertinente a reflexão acima, que seria algo inerente à ideia republicana/democrática, infelizmente ainda hoje, em especial em países em desenvolvimento, há pouca participação social na prática, principalmente em virtude da fragilidade dos mecanismos existentes.

Pode-se afirmar que o controle social ou popular enquadra-se como modalidade de controle externo, porquanto o controle é realizado por alguém que não se encontra inserido na estrutura do órgão controlador (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Não obstante, ainda que conceitualmente possa se compreender o controle social como sendo de cunho externo, devido a suas peculiaridades próprias (ausência de sanções institucionais ou amplo rol de legitimados, por exemplo), merece, como faz a doutrina especializada, um tratamento apartado e diferenciado das demais formas de controle externo.

Os efeitos de citado controle (social), caso ocorressem devidamente, implicariam uma posição de subalternidade, no sentido de que o Estado figura em uma relação jurídica em que o direito subjetivo (alheio) é maior que o poder político (próprio) (BRITTO, 1992).

Carlos Ayres Britto (1992, p. 193) traz um exemplo a título de ilustração de controle popular cujas considerações merecem integral transcrição:

A título de ilustração do nosso pensamento, trabalhemos com a norma constitucional do inciso I do art. 93, que assim verbaliza o seu comando: “ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o do juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação. Pois bem, na parte que nos interessa, que diz a Lei Maior em suas linhas e entrelinhas? Diz o seguinte: 1º) que uma instituição da sociedade civil, por ela nominada, tem o poder de participar de todas as fases de um procedimento oficial necessário à expedição de

⁴⁴ Artigo 71, inciso X, da Constituição.

um ato de nomeação que realiza a função administrativa do Estado; 2º) que essa instituição da sociedade civil permanece um segmento da sociedade civil (não se transmudando em órgão a sociedade estatal), ao interferir constitutivamente no processo de elaboração do ato de nomeação de um juiz togado; 3º) que o comparecimento da mesmíssima instituição privada é obrigatório, indescartável, ficando a salvo de condescendências ou da “boa vontade” do Poder Público.

Vislumbra-se que uma das maneiras de ocorrer o controle social vincula-se a três pilares técnico-jurídicos fundamentais: a consagração e difusão da ideia de interesses e direitos difusos e coletivos; a criação de remédios processuais de tutela a tais interesses difusos e coletivos; a adoção e expansão da técnica das legitimações extraordinárias (processuais e políticas) coletivas e difusas.

O levantamento desse tripé enseja a realização da regra, segundo a qual o poder que emana todo do povo, por ele é exercido, não só por meio de seus representantes, mas também diretamente⁴⁵ (FERRAZ, 1992), ainda que estes mecanismos de participação direta sejam excepcionalíssimos.

Ademais, o cidadão também possui, na ordem constitucional, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, que ainda que dependam do poder público, em especial os dois primeiros, são valiosos meios de ação política, para controle da atividade administrativa.

Acrescentem-se ainda duas inovações do texto constitucional vigente: a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais⁴⁶; e b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as cortes de contas da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios⁴⁷.

Enrique Peruzzotti e Catalina Smulovitz trabalham o termo *accountability* vertical social, que seria similar ao controle social aqui trabalhado, como sendo constituída de mecanismos não eleitorais de controle das autoridades políticas, por meio de associações civis, ONGs, movimentos sociais e da imprensa (PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006).

⁴⁵ O doutrinador ainda salienta que “Como decorrência de todos os vetores, acima enunciados, de muito se ampliaram as atuações de controle do Judiciário, bem como as pertinentes vias de acesso. Assim, e como simples exemplo: a) o Judiciário aprecia não mais apenas a lesão, mas também qualquer ameaça a direito (com o que, *verbi gratia*, se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) - CF, art. 59, XXXV; b) as entidades associativas podem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) - CF, art. 59, XXI; c) sem prejuízo da letra *b* supra, a ela aditando reforço, tem-se o fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 59, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art. 89, 111); d) o vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, teve o controle de sua observância depositado nas mãos do cidadão, que conta, para tanto, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo na nova Lei Maior (CF, art. 59, LXXIII). Coexistindo com todas essas conquistas, permanecem íntegros, como meios de controle, o *habeas corpus* e o mandado de segurança” (FERRAZ, 1992, p. 32).

⁴⁶ Art. 31, §3º, da Constituição Federal.

⁴⁷ Art. 74, §2º, da Constituição Federal.

No entanto, apura-se que os atores sociais não possuem competências e estruturação estabelecidas de forma institucionalizada, havendo uma incapacidade de impor sanções jurídicas. Com efeito, embora o seu mais valioso recurso seja a intensidade e a visibilidade de sua voz, eles aparentam carecer de efeitos mandamentais (CABRAL, 2014). O seu papel primordial reside, pois, em expor as irregularidades sem capacidade de imposição de consequências materiais, valendo mais como uma vitrine do que uma real forma de limitação do poder estatal (CABRAL, 2014).

A asserção acima se compreende no sentido de que o controle social tem o poder de provocação das instituições possuidoras da devida competência, mas a aplicação das eventuais sanções não cabe aos atores sociais, mas sim aos institucionais. Tomem-se dois exemplos para ilustrar a questão: a) Uma denúncia na imprensa sobre desvio de verbas feitas por um jornal ou mesmo por uma associação civil não tem o condão de, por si só, gerar qualquer punição jurídica aos acusados (ainda que possa haver sanções de cunho moral ou econômico). Somente os órgãos legitimados, como o Ministério Público, por exemplo, podem provocar nesse caso uma possível ação penal ou de improbidade, com base nas informações existentes, para que o Poder Judiciário, entendendo procedentes as provas apresentadas, aplique as sanções previstas no ordenamento jurídico. b) Mesmo nos casos em que se atribui legitimidade expressa ao cidadão para efetivar a provocação das instituições competentes, como o instrumento da ação popular, ainda assim a sanção somente será aplicada, no caso de procedência do pedido, pelo Poder Judiciário, não cabendo ao cidadão qualquer poder sancionatório jurídico.

Pode-se afirmar que a atuação do cidadão, por meio de vários mecanismos de participação, a exemplo da organização de entidades do terceiro setor para fiscalizar os gestores públicos, com a Lei da Transparência e também com o uso da internet, que confere velocidade e atualidade ao trânsito de informações, assume contornos característicos de um exercício inibidor para ações eivadas de irregularidades (RIBEIRO FILHO et al., 2008).

A participação do cidadão no contexto sociopolítico é um bom indicador do desenvolvimento de um povo. Os países mais desenvolvidos tendem a ter um forte controle social, pois os cidadãos preocupam-se pormenorizadamente com a aplicação das verbas públicas (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Nota-se que a participação popular não tem o intuito de retirar o monopólio estatal da produção do direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). É nesse modo emparceirado de trabalhar o

fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender, de certa maneira, a locução “Estado democrático” (BRITTO, 1992).

Como já explanado em item anterior, todo ato administrativo deve corresponder a um fim de interesse público, base de sua legalidade, e, quando a lei dispõe sobre uma dada situação vinculando-a a uma razão de interesse público, entende-se que a existência real, concreta, desse interesse passa a ser o pressuposto necessário do correspondente ato administrativo, razão para a existência de um amplo sistema de controle desses atos (BRITTO, 1992).

A Constituição de 1988 oferece linhas seguras de amarração ética e jurídica, como visto nos itens precedentes, assim, ao controlar o acompanhamento ou a execução da função administrativa, o órgão ou agente controlador deverá ter em conta, além do interesse público em sentido amplo, também se foram respeitados os princípios encartados na Lei Maior.

No que se refere à relação institucional dos controles, aponta-se para a existência de uma insuficiente interação entre o controle interno e o externo no Brasil, apesar da Constituição Federal estabelecer que uma das atribuições do controle interno é o de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (RIBEIRO FILHO et al., 2008). Esse apoio não constitui subordinação do controle interno em relação ao controle externo, especialmente em termos hierárquicos, mas consiste na realização de ações, por um e por outro, que possam viabilizar a interação entre ambos (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Destaque-se, inicialmente, que há a necessidade de os sistemas de controle discutirem profundamente as questões de gestão administrativa sujeitas às autoridades superiores, de se elaborarem novos estudos nos controles internos de órgãos de outras regiões do país para realizar uma comparabilidade entre os resultados obtidos e de se orientar pela busca excessiva na garantia de que os objetivos da sociedade sejam atingidos (RIBEIRO FILHO et al., 2008).

A atuação dos controles baseia-se em cooperação mútua, que é a chave para que se tenha um controle eficiente, sem sobreposição de competências e ações (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

É evidente que há clara delimitação das competências que cabem ao controle externo e ao controle interno⁴⁸, porém tais atribuições não deveria implicar atuação desconectada dos órgãos de controle (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

⁴⁸ Conforme artigos 71 e 74 da Constituição Federal.

Todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública devem ser devidamente controladas, cabendo a seus órgãos o controle de suas respectivas funções⁴⁹. A interação entre os sistemas de controle interno e externo pode ser verificada, por exemplo, quando da realização de auditorias pelo Tribunal de Contas, em que são utilizados dados fornecidos pelo controle interno. O caminho inverso também é plenamente válido (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Outra hipótese de interação entre o controle interno e o controle externo ocorre quando este avalia aquele. Ante a importância do sistema de controle interno de todos os Poderes para a gestão das organizações públicas, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem justamente como um dos parâmetros de aferição em suas fiscalizações a avaliação de tal sistema (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Essa avaliação de controles internos deve ser compreendida como “um processo mediante o qual se procura conhecer e avaliar a eficácia dos controles internos de uma entidade quanto à sua capacidade para evitar ou reduzir o impacto ou a probabilidade da ocorrência de eventos de risco na execução de seus processos e atividades” (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011, p. 151).

Noutro viés, o controle social somente pode ser exercido na medida em que haja transparência na Administração Pública. Desse modo, a não divulgação de dados governamentais ou a divulgação de dados inverídicos traz muitas dificuldades para a realização do controle. Em tempo em que a internet é uma realidade para grande parte da população brasileira, é necessário que os governos disponibilizem seus dados gerenciais na grande rede de computadores. Não obstante, os entes da federação ainda não oferecem à sociedade informações completas e necessárias para a realização de efetivo controle social (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Além do controle social exercido por meio de participação em conselhos, o ordenamento jurídico pátrio franqueia ao cidadão e à sociedade civil organizada outras possibilidades de realizarem diretamente o controle dos atos e da gestão dos administradores públicos (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

⁴⁹ Aos órgãos responsáveis por realização de licitações, compras e controle patrimonial, cabe responder pela observância das normas e da respectiva legislação. Ao órgão de recursos humanos, o controle sobre a observância do regulamento da administração de pessoal. A contabilidade, por deter os registros de todos os bens, das receitas, das despesas, assumindo, assim, um papel de destaque no controle interno, e sendo responsável pela canalização das informações para os órgãos do controle externo (RIBEIRO FILHO et al., 2008).

Além de recorrer às ouvidorias, o cidadão pode indicar a ocorrência de irregularidades aos órgãos de controle por meios menos formais, pois há limites para o cidadão, já que muitos aspectos do controle envolvem questões jurídicas complexas (mérito do ato administrativo ou licitações, por exemplo) ou ainda questões contábeis, orçamentárias, financeiras e operacionais igualmente complexas, o que dificultaria o controle pela população sem algum auxílio.

O Tribunal de Contas da União possui, além da ouvidoria, outros dois mecanismos básicos de interação com a sociedade: as representações e as denúncias. Por meio desses dois tipos de processo, os legitimados podem levar ao conhecimento da Corte de Contas notícias acerca de possíveis ilegalidades que estejam sendo cometidas no âmbito da Administração Pública (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

A denúncia, outro mecanismo de interação dos Tribunais de Contas com a sociedade para viabilizar o controle social, tem caráter mais abrangente e facilitado, quando comparado à representação, visto que, nos termos do §2º do art. 74 da Constituição Federal e dos artigos 53 da Lei nº 8.443/92 e 234 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União pode ser apresentada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011) valendo também por simetria para os Tribunais de Contas Estaduais⁵⁰.

Verifica-se, portanto, que há, ao menos, três mecanismos básicos de interação entre a sociedade e a Corte de Contas, para que as ilegalidades sejam noticiadas a esse órgão de controle externo, seja por meio de sua ouvidoria, de representações ou de denúncias. A criação e o fortalecimento de mecanismos de controle social como esses são capazes de fomentar um ciclo virtuoso de controle, retroalimentável, no qual quanto maiores a facilidade de acesso, a transparência, a independência e a confiabilidade dos órgãos de controle, maior será a participação social e vice-versa (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Já em relação à interação do controle interno com o controle social sabe-se que aquele não deve, simplesmente, limitar-se à parte processualística do acompanhamento da gestão dos recursos públicos: deve fazer consultas à sociedade, orientando-a, também, para que esta acompanhe a execução dos programas de governo. Essa é a intenção da disposição constante do inciso XI do art. 24 da Lei nº 10.180/2001, que trata do Sistema de Controle Interno do

⁵⁰ Analisando a evolução no número de denúncias apreciadas pelo TCU nos anos de 1998 a 2010, apura-se um crescimento de 231,62% no número de denúncias autuadas, e de 169,07% concernente aos anos de 1994 a 2010, no que se refere às denúncias apreciadas, demonstrando uma forte participação proativa cidadã (CABRAL, 2014).

Poder Executivo Federal, ao prescrever o dever de criar condições para o exercício do controle social sobre programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

São os beneficiários da ação do Estado quem têm melhores condições de dizer, por exemplo, se o material empregado em uma obra é de boa qualidade. Naqueles empreendimentos de pequena complexidade, como a reforma de uma escola, os próprios pais têm condições de acompanhar os serviços executados, para atestar se o material especificado no contrato é aquele que está sendo utilizado pelo executor (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Outra medida que caracteriza o real exercício do controle social é a disponibilização dos orçamentos e das especificações da obra para consulta por parte da comunidade local que será beneficiada pela ação de governo, ou seja, transparência que dê a possibilidade de qualquer cidadão ter acesso, por exemplo, ao custo de uma obra, à forma como os serviços estão sendo prestados, bem como às especificações sobre o projeto básico e arquitetônico empregados em determinado empreendimento. Nesse esforço, o controle interno tem um papel muito importante: o de estimular a sociedade a ser mais um (importante) agente de controle (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011).

Há, pois, uma verdadeira rede de controles, havendo (ou devendo haver) uma atuação conjunta e coordenada entre os controles externo e interno, com a atuação essencial do controle social, de modo que se possa efetivar, de uma maneira constitucionalmente adequada, o direito à boa administração pública.

Dentre os atores envolvidos nesse sistema de controle estatal, um que se destaca, seja pelas suas competências constitucionais, seja pela sua atuação efetiva é a instituição dos Tribunais de Contas, que, justamente pela sua relevância, será abordada de maneira detalhada no capítulo subsequente.

4. CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Após traçar o parâmetro utilizado nesta dissertação dos tipos de controle, realiza-se um corte epistemológico mais reduzido, foco deste trabalho, qual seja a análise do controle externo realizado pelos Tribunais de Contas.

Salienta-se que sempre que se tratar de Tribunais de Contas ou do Tribunal de Contas da União também refere-se aos demais Tribunais de Contas, Estaduais e Municipais, visto que a Constituição traz obrigatória simetria, fazendo-se as devidas observações sempre que divergir em algum ponto.

Retomando, enfoca-se, então na atuação dos Tribunais de Contas no Brasil e para tanto, especificam-se suas competências constitucionais e legais, explícitas e implícitas que lhe são cometidas para realizar sua tarefa de fiscalização das funções e dos poderes do Estado.

Examina-se também a natureza das decisões que as Cortes de Contas proferem, no estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, bem como os limites da ação das Cortes de Contas e os efeitos decorrentes dessas decisões.

Apointa-se, ainda, a ampliação dos encargos constitucionais e mesmo os cominados infraconstitucionalmente, como exemplo, os estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000, modificações estas que transformam os Tribunais de Contas em legítimos guardiões e corresponsáveis da implantação, determinada na lei, de reformulação do agir da Administração Pública, para adequá-la às exigências dos novos tempos, por meio do planejamento de sua ação, objetivando a legitimidade, eficiência e eficácia da gestão da *res publica*.

Vislumbra-se também que se pode afirmar de toda a pesquisa realizada até este ponto, no presente trabalho, em relação aos direitos fundamentais e à boa administração pública que os Tribunais de Contas são órgãos garantidores dos direitos fundamentais, pois fiscalizam a movimentação financeira e patrimonial do Estado (CASTARDO, 2007), ensejando limites ao poder, bem como estabelecendo exigências na forma de gestão pública.

As características destes diversos órgãos de controle externo podem ser categorizadas utilizando-se diferentes critérios. Nessa medida, vislumbra-se como primeira categorização a diferenciação em órgãos colegiados (Cortes de Contas) e os que realizam fiscalização singularmente (como na Inglaterra); pode-se ainda distingui-los pela natureza: jurisdicional (no caso da França) ou administrativa (toma-se como exemplo a Espanha) (MEDAUAR, 2004).

Outra característica notada ao longo das leituras que tratam da origem das Cortes de Contas é a que decorre do grau de autonomia do órgão fiscalizador em relação aos demais Poderes, podendo ser independentes, assistenciais ou vinculados ao Executivo ou Legislativo.

Tais características serão tratadas neste capítulo.

4.1 MODELOS E ORIGEM DOS ÓRGÃOS DE CONTAS

Para se abordar melhor a questão, vale trazer a lume precedentes históricos que, desde logo, ressalta-se não ser possível proclamar uma forma cronológica absoluta, pois a história não tem os mesmos acontecimentos em todos os lugares e no mesmo tempo.

Conforme explica Hamilton Fernando Castardo, primeiramente tem-se que os destinatários históricos dos Órgãos de Contas foram o Rei, o Executivo e o Parlamento:

O primeiro tem suas raízes na história feudal da França sob a administração monárquica de Luís VII, após, em 1190, as *in compotis*, posteriormente, *cúria in compotis* (câmara de contas) e que se destinava ao controle dos recursos da coroa. Na Península Ibérica, a partir do século XII e por todo o período medieval, foram criadas as assembleias políticas de nobres, as Cortes. As Cortes tinham a função de controlar as finanças dos reinos ibéricos. Na Inglaterra, antes mesmo da Magna Carta de 1215, houve a criação de um Tribunal de Justiça Financeiro, chamado de *Exchequer*, que tinha como componentes senhores feudais (CASTARDO, 2007, p. 35).

Com o fim da Idade Média, inicia-se a Idade Moderna, trocando-se os senhores feudais pelos reis absolutos que, por sua vez, monopolizaram o controle financeiro de seus reinos.

Nesse novo cenário do Estado Moderno, os reis absolutos passam a criar espécies de controles de contas que em muito diferem do modelo atual, especialmente pela circunstância de serem monopolizados por eles próprios.

Hamilton Fernando Castardo cita as criações mais importantes do período:

Em 1661, no Império Austríaco, criou-se a Câmara de Contas, com atribuições ampliadas em 1781 pelo Imperador José II. Em 1805, o Imperador Francisco II estabeleceu a Direção-Geral de Contas. Frederico Guilherme I, rei da Prússia, criou a Câmara Superior de Contas em 1714, inicialmente com a função de revisar as contas dos administradores, posteriormente, 1823, a fiscalização geral das contas do Estado. Passou a denominar-se Corte de Contas do Império da Alemanha por meio de várias alterações legislativas nos anos de 1872 e 1874. Em Buenos Aires, foi instituído um Tribunal Maior de Contas no ano de 1767, pelo Rei da Espanha, Carlos III, abrangendo as províncias do Rio da Prata, Paraguai e Tucuman (CASTARDO, 2007, p. 35).

Nesse momento, a preocupação era de viés gerencial, já explicada em capítulo anterior, visando a administrar bem os recursos públicos, vinculando-se em essência ao Poder Executivo – aproximando-se muito mais de um instrumento de controle interno. Deveriam as

Cortes de Contas auxiliar o governo (o rei) a evitar desperdícios e desvios de recursos públicos (CABRAL, 2014). Era o modelo de controle dos regimes absolutistas *sus* mencionados.

Tratando dos modelos atuais de controle de contas, a primeira instituição foi criada por Napoleão Bonaparte, na França, em 1807, atendendo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão amparada no ideário da Revolução Francesa em 1789, que trazia o direito da sociedade de pedir conta a todo agente público de sua administração (CASTARDO, 2007).

Como anteriormente citado, a existência da Câmara de Contas no período do poder absolutista era monopolizada pelo rei, sendo que somente Pós-Revolução Francesa a criação do controle passa a possuir um segundo aspecto fundante que seria a apreensão liberal com a limitação a ser conferida ao Poder Executivo (CABRAL, 2014).

Ainda se tratando da França, no início do século XIX, houve a criação de um Tribunal de Contas que perdura até os dias de hoje exercendo a função de controle jurídico das contas públicas. A necessidade de sua criação veio do desenvolvimento da vida em sociedade, exigência de boa aplicação do dinheiro público arrecadado pelo Estado e uma maior liberdade e consciência social crítica, pois o cidadão que paga seus impostos quer boa aplicação do recurso, acompanhando e fiscalizando os atos dos administradores (CASTARDO, 2007).

Dessa forma, foi com a criação de um Tribunal de Contas que finalmente estabeleceu-se que o “Direito Divino dos Reis” não era mais aceito, os cidadãos e os parlamentos já passaram a determinar a criação de leis orçamentárias para limitar a arrecadação e os gastos dos reis.

Percebe-se que foi nesse momento que se sentiu a necessidade de um órgão especializado para cuidar de temas tão específicos e complexos como a fiscalização e o cumprimento de leis orçamentárias, e daí decorrem as criações dos Tribunais de Contas para auxiliar o Parlamento e possibilitar a participação da própria sociedade.

Bruno Speck narra que foi o modelo da França de criação de um Tribunal de Contas, em 1807, que abriu outra dimensão para a configuração institucional e serviu de exemplo para a criação de instituições similares em muitos países:

A característica importante do modelo francês é a posição equidistante da instituição de controle financeiro de ambos os poderes. Os Tribunais de Contas criados em vários países, sob orientação desse modelo, se tornam cada vez mais independentes e autônomos na definição de suas tarefas, não mais servindo como meros órgãos assessores do Executivo ou do Legislativo. Os integrantes são nomeados por períodos prolongados ou até por cargos vitalícios, recebendo garantias comparáveis às dos integrantes do Judiciário, e têm o poder de programar o próprio trabalho (SPECK, 2000, p. 36).

Ou seja, por se tratar de instituição com alto grau de independência, a tarefa de responsabilização dos agentes públicos acaba por adquirir um formato de justiça administrativa⁵¹. Assim, “será o Tribunal de Contas que responsabilizará ou absolverá agentes públicos em relação à regularidade e legalidade da gestão financeira” (SPECK, 2000, p. 36).

Posteriormente na história, essa independência institucional serviu também como base para ampliar as tarefas gerenciais⁵², por meio de avaliações sobre o desempenho da Administração, tendo em vista os objetivos e resultados das ações e programas governamentais (SPECK, 2000).

O modelo francês influenciou a criação desse mesmo controle na Itália, e ambos tinham como destinatário o Poder Executivo, bem como uma fiscalização após a realização da despesa, *a posteriori* (CASTARDO, 2007).

Ante sua característica peculiar, ou seja, a fiscalização posterior, não pode o órgão fiscal francês impedir quaisquer desvios da lei. Limita-se a atestar a ocorrência, comunicando depois, o fato ao Parlamento para a apuração das responsabilidades (CRETELLA JÚNIOR, 1994).

Quanto a sua composição, verifica-se ser de um órgão colegiado, composto por magistrados, que se dividem em auditores, conselheiros referendários, conselheiros-mestres, presidentes de câmara e um primeiro-presidente, sendo seu recrutamento realizado nos moldes do procedimento referente ao Conselho de Estado, ou seja, por intermédio da Escola Nacional de Administração para o ingresso, havendo, posteriormente, nomeações internas ou entre servidores de órgãos financeiros (SOARES, 2001).

Tem-se que o Tribunal de Contas Francês é constituído de pessoal hierarquizado, sendo seus membros inamovíveis e, em relação aos magistrados, estão esses assegurados, no exercício de suas funções, pela vitaliciedade. Verifica-se, ainda, a atuação do Ministério Público junto à Corte de Contas, chefiado pelo Procurador-Geral. A Corte encontra-se dividida em cinco câmaras, sendo cada qual presidida por um presidente e um procurador-geral, que é assistido por um advogado-geral (CRETELLA JÚNIOR, 1994).

⁵¹ Foram dois os fatores fulcrais que tornaram a jurisdição francesa uma inegável contribuição, ante o seu caráter ímpar, relativamente aos demais sistemas constitucionais e administrativos. Assim, foi o apego ao princípio da separação dos poderes, em conjunto com a desconfiança em relação aos juízes do Velho Regime, que inspiraram a criação, na França, da jurisdição administrativa ou contencioso administrativo ou ainda chamado de sistema da dualidade de jurisdição, juntamente com a jurisdição dita comum (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1103).

⁵² Os modelos presentes tendem a conciliar, de alguma forma, funções gerenciais de aumento da eficiência do sistema e funções liberais de responsabilização dos agentes, buscando, deste modo, conjugar o trabalho em prol da administração, corrigindo os desequilíbrios e excessos existentes, bem como auxiliar o Poder Legislativo a proceder a responsabilização dos agentes públicos e dos demais sujeitos que malversam os bens e dinheiros estatais (CABRAL, 2014).

Outro ponto merecedor de destaque concernente ao sistema francês é a distinção referente ao ordenador ou autorizador de despesas e o contador público ou pagador, que é quem efetua o pagamento controlando a atuação (GOMES JUNIOR, 2003).

Nesses moldes, confere-se competência à Corte de Contas Francesa para a fiscalização dos ordenadores de despesas e dos contadores públicos. Contudo, quanto à natureza da ação, em relação aos primeiros, tem-se que é puramente administrativa, enquanto aos segundos mostra-se jurisdicional (CRETELLA JÚNIOR, 1994).

Importante destacar que o ordenamento jurídico francês possui, além da Corte de Contas, outra instituição, com as mesmas vestes de jurisdição administrativa, destinada a realizar o controle financeiro externo, qual seja, a Corte de Disciplina Orçamentária, criada em 1948 e regida pela Lei de 1971, que busca responsabilizar efetivamente os ordenadores de despesa, afastando, desta feita, eventuais críticas a uma suposta ausência de sua responsabilização já que às Cortes de Contas só é dada natureza puramente administrativa em relação aos ordenadores (MEDAUAR, 1990).

Por fim tem-se que a Corte de Contas assiste ao Parlamento conforme previsão Constitucional, porém não se considera institucionalmente vinculada ao Poder Legislativo ou Executivo, tratando-se, na realidade, de órgão jurisdicional independente (CABRAL, 2014).

Vislumbra-se a existência também de outro importante modelo a ser destacado, qual seja, o modelo belga, surgido em 1839, que inaugurou um modelo que mais tarde viria a influenciar o Tribunal de Contas Espanhol com tradição de dependência do Poder Legislativo (CASTARDO, 2007).

Tem-se que nos dois modelos, italiano e belga, há a característica de fiscalização prévia à realização da despesa. Ambos se diferenciam à medida que, no modelo italiano, havendo o veto do ato autorizativo da despesa, ocorre o impedimento absoluto ou relativo, uma vez que pode proibir ou suspender referido ato; enquanto no modelo belga, somente veta limitadamente, ocorre a também chamada fiscalização prévia admonitória (CASTARDO, 2007).

Ou seja, no modelo belga há possibilidade de desconstituição do veto pelo Chefe do Poder Executivo, enquanto que no modelo italiano não há que se falar em desconstituição daquele ato pelo Chefe do Executivo.

Imperioso ressaltar que a Bélgica somente teve sua independência proclamada em 1830, promulgando-se sua Constituição em fevereiro de 1831. Desse modo, previu-se inicialmente que caberia aos tribunais judiciários processar e julgar todos os litígios, independentemente da matéria, não havendo, como ocorre na França e Holanda, uma

dualidade de jurisdição. Seja pela hostilidade adquirida pelos belgas a esse sistema, uma vez que viram muitas de suas pretensões rejeitadas pelo Conselho de Estado Francês, seja pelas críticas que vinham sendo dirigidas ao contencioso administrativo francês, fato é que por anos só houve uma jurisdição comum na Bélgica. Contudo, posteriormente, tendo em vista que os tribunais não se encontravam maduros a ponto de apreciar questões envolvendo a Administração Pública de forma imparcial, fez-se necessária a especialização de algumas cortes administrativas, podendo-se considerar, portanto, que atualmente o sistema jurisdicional belga figura como misto (MEDAUAR, 2003).

Como já exposto, o sistema belga adota um controle prévio, por meio da utilização de um visto prévio nas ordens de pagamento. Em regra, todas as despesas são submetidas ao visto da Corte de Contas, salvo algumas exceções que ficam isentas desse procedimento, mormente em virtude de sua periodicidade, mas que, em algum momento na sua origem, já passaram pelo crivo daquele Tribunal.

O ente de contas belga estrutura-se em duas câmaras, as quais possuem, cada uma, duas seções, sendo cada seção composta por um presidente, quatro conselheiros e um secretário (COSTA, 2006).

A escolha dos membros da Corte, por sua vez, é realizada pela Câmara dos Deputados, para um mandato de seis anos, com ilimitadas renovações – o que se aproxima, na realidade, das nomeações vitalícias –; o recrutamento se dá entre funcionários do próprio Tribunal, o que vem a primar pela experiência adquirida no trato da fiscalização financeira, não estando o critério de escolha, contudo, vinculado a parâmetros legais (MEDAUAR, 1993).

Já no modelo italiano verifica-se similitude com o Tribunal Francês ao realizar um controle posterior, e, como já salientado anteriormente, há semelhança com o modelo belga por realizar também um controle prévio.

4.2 SURGIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES

O Brasil inicialmente não herdou de Portugal um sistema de instituições autônomas de controle financeiro. A primeira Constituição imperial de 1824, por exemplo, não previa qualquer instituição superior de fiscalização, sendo que o que mais se assemelhava era o sistema de separação de poderes que atribuía ao Ministro das Finanças a responsabilidade pela apresentação do balanço sobre a receita e a despesa, e à Câmara uma espécie de direito de exame dos abusos das administrações anteriores (SPECK, 2000).

Sem embargo, o estabelecimento e a organização de mecanismos e procedimentos de controle dos gastos públicos em nosso país – que culminariam com a criação do Tribunal de Contas – são anteriores à instituição do Império do Brasil, remontando ao período colonial (COTIAS E SILVA, 1998).

Nesse período, com o propósito de povoar a nova terra, Dom João III baixou um Regimento em 1548 estabelecendo um governo geral no Brasil, com vigência a partir de 1549, iniciando-se então, de forma efetiva, a organização administrativa do Brasil colonial, tendo um provedor-mor encarregado da administração econômica e financeira e um ouvidor-geral responsável pelos negócios da justiça (COTIAS E SILVA, 1998).

Mais tarde, em 14 de julho de 1642, foi criado o Conselho Ultramarino, deliberando sobre todos os assuntos da colônia e, por seu intermédio, os governadores-gerais, denominados vice-reis, prestavam contas à Coroa (COTIAS E SILVA, 1998).

Com a chegada da família real, iniciou-se no Brasil o período em que passava de simples colônia à condição de sede do governo português, assim, ainda em 1808, o príncipe regente criou um ministério composto por três pastas: Negócios do Reino, Negócios Estrangeiros e da Guerra, e Negócios da Marinha e Ultramar e, somente em 1821, criou-se o Conselho da Fazenda, responsável por uma forma de controle dos gastos públicos (COTIAS E SILVA, 1998).

Com a proclamação da Independência e, conseqüentemente, com a promulgação da Constituição Imperial de 1824, nos termos da norma de seu artigo 170, foi criado o Tesouro Nacional, com características de Tribunal. A partir daquela criação, o Conselho da Fazenda passou, na prática, a não ter mais grande importância para fins de controle (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

No período regencial, mais especificamente na Regência Trina Permanente, foi aprovado o projeto, oriundo da iniciativa de Caldeira Brant, de criação do Tribunal do Tesouro Público Nacional, por força da Lei nº 657, sancionada em 4 de outubro de 1831, tendo sido extintos o Erário Régio e o Conselho da Fazenda, criados em 1808, e organizadas as tesourarias das províncias. Nos regulamentos daquele tribunal, foram detalhados os procedimentos acerca do que deveria ser feito para o levantamento e julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros públicos, dentro ou fora do país. Compunha-se aquele órgão de quatro membros: o presidente, que era o ministro e secretário de Negócios da Fazenda - o único com direito a voto deliberativo, restando aos demais o voto consultivo; o inspetor-geral, exercendo o papel de seu vice-presidente; e um terceiro, o contador-geral do Tesouro, todos nomeados pelo imperador. Integrava-o, ainda, um quarto membro, nomeado pelo próprio

tribunal, por proposta do inspetor-geral, encarregado das funções de procurador-fiscal (COTIAS E SILVA, 1998).

Percebe-se que como o Tribunal do Tesouro não atendia aos anseios de independência e isenção no exame dos gastos públicos, prosseguiram as manifestações pela criação do órgão independente (COTIAS E SILVA, 1998).

Na retrospectiva histórica feita em seu livro, Speck narra que Pimenta Bueno cobrou a instituição de um Tribunal de Contas no seu tratado *Direito Público Brasileiro*, de 1857, e José de Alencar, em 1861, em discurso na Câmara dos Deputados, referia-se à necessidade de uma instituição que garantisse a lisura da administração. Ademais, no final do Império vários Ministros da Fazenda voltaram a enfatizar a mesma necessidade de uma instituição superior de controle das finanças (SPECK, 2000).

O autor ainda ressalta:

Essa retrospectiva deixa claro que a racionalização e o controle das despesas públicas foram temas constantes durante o Império. O levantamento do assunto por integrantes do governo, as justificativas e preocupações demonstradas, bem como a configuração básica dos modelos institucionais propostos, indicam que a proposta surgiu mais de preocupações gerenciais em otimizar e racionalizar o uso dos recursos públicos do que do cuidado liberal em limitar o poder dos responsáveis políticos (SPECK, 2000, p. 40).

Com a instalação da República, foi novamente um Ministro das Finanças, Rui Barbosa, quem propôs a instalação de um Tribunal de Contas. Como em muitos outros países, a abolição do sistema dinástico e a introdução da república favoreceram mudanças preconizadas há muito tempo. Com a primeira Constituição Republicana de 1891, o Tribunal de Contas foi criado definitivamente no Brasil (SPECK, 2000).

A primeira Constituição republicana concedeu inovações à função do Poder Legislativo na fiscalização dos recursos públicos, estabelecendo, também, como competência privativa do Congresso Nacional, a elaboração da proposta orçamentária, antes da alçada do Poder Executivo. O texto constitucional estabelecia, ainda, a tomada de contas anual dos gestores públicos e a obrigatoriedade de envio de relatórios ao Congresso, também anuais, pelos ministros de Estado, sendo considerado como crime de responsabilidade as omissões naquele sentido (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Nesse momento, o Tribunal era um órgão de cooperação do Poder Legislativo, auxiliar do Congresso Nacional, que “em nome do legislador e por conta dele procedia” (SILVA, 1998, p. 38).

Ressalta-se que a instalação do Tribunal de Contas só ocorreu em 17 de janeiro de 1893 e, neste momento, o controle era exercido *a priori*, adotando-se a sistemática trasladada do modelo italiano, do veto impeditivo absoluto (SILVA, 1998).

Após três anos de funcionamento, houve uma reorganização do Tribunal de Contas, originada do Decreto Legislativo n. 392, de 8 de outubro de 1896, regulamentado pelo Decreto n. 2.409, de 23 de dezembro do mesmo ano. Através daqueles dois dispositivos legais, a jurisdição da Corte de Contas foi ampliada, alcançando os responsáveis por materiais públicos. E quanto à receita, o exame passou também a abranger os atos de arrecadação de impostos e taxas. Consoante o disposto no Decreto Legislativo, o novo Tribunal atuava sob dois aspectos: a) como fiscal da administração financeira; e b) como Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciosa, para o fim de julgar as contas dos responsáveis, decretando a liberação daqueles ou condenando-os ao pagamento do que devessem ao Tesouro por alcance, podendo também suspendê-los, ordenar-lhes prisão e determinar sequestro de seus bens (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Posteriormente, o Decreto n. 19.398 de 11 de novembro de 1930⁵³, que veio a substituir a Constituição de 1891, fez com que o Tribunal de Contas perdesse importantes atribuições, sofrendo pesados golpes e profunda mutilação no exercício de suas competências em decorrência da discricionariedade conferida ao chefe do Executivo. Tal retrocesso não poderia ser diferente já que Tribunal de Contas e regime de arbítrio não se conciliam dadas as naturais e incontornáveis restrições impostas ao controle (SILVA, 1998).

Dessa forma, vitoriosa a Revolução de 1930 e fechado o Congresso Nacional, não foram apresentadas, pelo Governo, as contas de 1930 a 1933. A Corte de Contas teve restringida grande parte de suas competências, o que ficou claro pelo texto do Decreto n. 19.398/1930 no qual se definia que o governo central iria exercer discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo. Em razão do novo regime político implantado no Brasil, decorrente da Revolução, o Tribunal de Contas perdeu a competência de realizar o registro prévio das

⁵³ Em outubro de 1930 eclode uma revolução comandada pelos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba. Essa revolução sai vitoriosa e, em um curto período de tempo, Getúlio Vargas (candidato derrotado por Júlio Prestes nas eleições realizadas) assume o Governo. Com isso, temos o fim da primeira República. Já em 11 de novembro de 1930 Getúlio Vargas edita o decreto n. 19.938, regulamentando um Governo Provisório que vigorou até a Constituição de 1934. Esse decreto o investe de poderes excepcionais. Para se ter uma ideia, todo o Congresso Nacional foi dissolvido e os governadores foram afastados mediante a nomeação de interventores federais. Nos termos do art. 1º do Decreto, o Governo Provisório exerceria discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até a aprovação da nova Constituição (FERNANDES, 2013).

despesas, passando ele a ser feito no mês seguinte ao da realização dos dispêndios (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Já com a promulgação da Constituição de 1934 não só se restabeleceu parcialmente a democracia como se ampliou substancialmente as competências do Tribunal de Contas expressas na Carta Política anterior (SILVA, 1998).

O perfil do Tribunal foi revitalizado, deixando-o disciplinado nos artigos 99 a 102 no capítulo intitulado “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”. Recriaram-se suas delegações e passou o Tribunal a acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Os ministros da Corte de Contas, na vigência da Constituição de 1934, eram nomeados pelo Presidente da República, dependendo de prévia aprovação do Senado, e desfrutavam das mesmas garantias dos ministros do Supremo Tribunal Federal (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Foi conferida ao Tribunal de Contas também a competência constitucional de emitir parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deveria prestar anualmente à Câmara dos Deputados. Não sendo aquelas contas remetidas em tempo hábil, o fato seria comunicado à Câmara Federal, para os fins de direito, apresentando o Tribunal de Contas, em ambos os casos, minucioso relatório do exercício financeiro encerrado (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Exercitava, à época, o Tribunal de Contas as mesmas atribuições dos tribunais do Poder Judiciário quanto à elaboração de seu regimento interno e à organização de sua secretaria, e os contratos que, por qualquer modo, interessassem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputariam perfeitos e acabados depois de registrados pelo Tribunal de Contas, sendo que a denegação do registro suspendia a execução do contrato até o pronunciamento do Poder Legislativo (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Cumpram-se também a Lei n. 175, de 07 de janeiro de 1936, que, ao regular o disposto no artigo 177 da Constituição de 1934, concedeu ao Tribunal de Contas a atribuição de emitir parecer prévio sobre as despesas do “Plano de Defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte”, atual Região Nordeste. Portanto, por intermédio da mencionada lei, foi a primeira vez que se atribuiu ao Tribunal apreciação ou deliberação, sob a forma de parecer, sobre contas, que não as gerais, ou seja, que não as do Governo ou do Presidente da República. Apesar da falta de pessoal, acarretando algumas vezes a necessidade da adoção do artifício da prescrição, o Tribunal teve, com a Constituição de 1934, o fortalecimento de sua competência judicante (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Não obstante, a democracia parecia apenas aparente, pois havia no governo uma tendência ao autoritarismo que se denunciaria no Golpe do Estado Novo. Nesse sentido, o Tribunal de Contas sentiu, com a implantação do novo regime, mesmo antes de ocorrer, no momento em que, apesar de ter desaprovado as contas do exercício de 1936, a Câmara dos Deputados declarou-as aprovadas (ROCHA SIQUEIRA, 1998).

Com o golpe e a Instituição do Estado Novo, outorgou-se a Constituição de 1937 com inspiração de concepções autoritárias e centralistas dos regimes fascistas europeus, notadamente o modelo polonês, com forte preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes. O Tribunal de Contas perdeu força, juntamente com o Congresso Nacional (SILVA, 1998).

Houve submissão dos governadores dos estados ao governo federal e a eliminação dos órgãos legislativos, criando-se interventorias e departamentos administrativos; a Constituição outorgada acabava com o princípio da harmonia e a independência entre os poderes, ficando sob o controle do Presidente, autoridade suprema do país (CASTARDO, 2007).

Conclui-se da pesquisa realizada acerca da referida Constituição, também conhecida como “polaca” que, além de ter instituído a pena de morte e o estado de emergência, manteve o Tribunal de Contas em um único artigo - o art. 114 - esvaziando quase que por completo suas funções, deixando-o completamente dependente do Poder Executivo, o que mais uma vez demonstra que entre as medidas dos governos autoritários está a diminuição da autonomia dos Tribunais de Contas.

Já em 1946, foi promulgada e entrou em vigor a 4ª Constituição republicana e nela o Tribunal ressurgiu fortalecido pela democracia e revigorado em suas competências (SILVA, 1998).

Além das garantias e atribuições conferidas pela Constituição de 1934 que foram restabelecidas na de 1946, foi acrescido à competência do Tribunal de Contas um novo encargo: julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, além das contas dos administradores de autarquias (CASTARDO, 2007).

A lei orgânica n. 830 de 1949, regulamentando os dispositivos constitucionais, definiu o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização da administração financeira da União e especialmente na execução do orçamento. Nesse momento, o Tribunal de Contas não tinha características dos modelos mais conhecidos (francês, italiano e belga), mas sim caráter eclético, pois procedia ao exame prévio, *a posteriori*, veto absoluto e veto relativo com registro de reserva (CASTARDO, 2007).

Acrescenta-se que, na vigência dessa Constituição, ocorreu a aprovação da importantíssima Lei n. 4.320 de 19 de março de 1964, que vigora até os dias atuais e estabelece normas gerais de direito financeiro e orçamentário, trazendo o controle prévio interno pelo Executivo, e o controle externo pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Muitos anos depois, em 24 de janeiro de 1967, o Congresso Nacional promulgou a nova Constituição, que viria a ratificar todos os atos institucionais já baixados, aumentando o poder do Executivo e reduzindo os poderes e as prerrogativas do próprio Congresso, tendo a oposição sido duramente reprimida e marginalizada (IOCKEN, 2014).

Tanto a Carta de 1967 quanto a Emenda de 1969 suprimiram as funções julgadoras e utilizaram a expressão “auxílio” na relação entre o Tribunal e o Parlamento, conservando-lhe uma dose de autonomia administrativa.

Ressalta-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, expresso à época:

Embora apontado como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não faz parte deste Poder. Não é órgão que o integre e não está subordinado ou controlado por ele. Deveras, os vínculos de subordinação ou tutela administrativa são os vínculos possíveis para que se considere que um órgão está integrado ou enquadrado na intimidade de um certo Poder, que lhe compõe a estrutura. – Assim, resulta claro que o Tribunal de Contas, conquanto seja um órgão auxiliar do Poder Legislativo, como reza a Carta do País, não é, todavia, órgão pertencente ao Poder Legislativo (MELLO, 1984, p. 136).

Antes de adentrar na atual Constituição, vale mencionar que, como abordado, foi na Constituição de 1891 que efetivamente ocorreu a criação de uma corte de contas no Brasil e, em seu artigo 5º, autorizava que cada estado provesse os seus próprios Tribunais de Contas⁵⁴, porém em 1939, com o regime de exceção, houve a extinção temporária de todos os seus Tribunais de Contas, somente sendo retomada a possibilidade de instituições de tribunais de contas em 1946, mas somente criou-se um novo Tribunal de Contas em 1991, que foi o do Amapá (CASTARDO, 2007).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alterou-se sobremaneira o papel destinado aos Tribunais de Contas, porquanto o controle exercido sobre as contas públicas passou a se operar, além do aspecto da legalidade, obedecendo também aos princípios da legitimidade e economicidade, evidenciando um autêntico controle de

⁵⁴ “O primeiro Tribunal de Contas foi o do Estado do Piauí, em 1899; em 1915 foi instalado o Tribunal de Contas da Bahia, seguido da instalação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 1923; em 1935 houve a instalação dos Tribunais de Minas Gerais, Santa Catarina e Ceará. O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro foi criado em 1936” (CASTARDO, 2007, p. 61).

resultados. Além disso, foram ampliadas as suas competências de fiscalização e controle (GUERRA, 2012).

Percebe-se pela narrativa histórica a ocorrência de significativa diminuição na importância e credibilidade das Cortes de Contas na vigência dos governos autoritários, sendo retomado e ampliado o seu relevante papel na atual Constituição (GUERRA, 2012). O que demonstra a ligação direta da existência de Tribunais de Contas fortalecidos quanto maior for o amadurecimento da democracia e do Estado Constitucional.

Também com a Constituição de 1988, as determinações do Tribunal de Contas, provenientes dos processos de auditorias e inspeções, adquiriram natureza coercitiva, não mais podendo ser “ignoradas” pelo Executivo, sob pena inclusive de aplicação de multa. O rol de competências constitucionais ratifica a importância dos Tribunais de Contas e lhes confere atribuições exclusivas e específicas para a apuração de irregularidades, dotando a instituição de um poder coercitivo (IOCKEN, 2014).

Percebe-se também que, nas primeiras formas, até a Constituição de 1967, o modelo de controle era exercido anteriormente à realização da despesa (liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de prestá-las ao Congresso), critério modificado pelo controle *a posteriori*, a partir da atual Constituição (GUERRA, 2012).

Além das atribuições trazidas pela CF/88 aos Tribunais de Contas, podem-se citar as conferidas infraconstitucionalmente por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 101/2000, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal e encarregou os Tribunais de Contas da fiscalização de seu fiel cumprimento pelos entes federados e respectivos órgãos citados pela lei, por meio do cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas, observância de limites de despesas e endividamento.

Dessa forma, a ordem constitucional vigente foi a que mais alargou as competências dos Tribunais de Contas (tanto do Tribunal de Contas da União quanto dos Tribunais de Contas Estaduais). Dentre vários aspectos, registre-se a ampliação do poder de fiscalização dos Tribunais dada a elevação do número dos responsáveis sobre os quais esse poder se exerce, bem como a diversidade maior de seus parâmetros de controle, notadamente os critérios de avaliação sob os prismas da legalidade, da legitimidade e da economicidade (TORRES, 1992).

Vale salientar que os órgãos de controle das contas públicas têm, nos dias atuais, a importante e indispensável tarefa de fiscalizar as receitas e despesas dos Estados, sendo

presenças relevantes nos Estados modernos, “sendo tanto maior seu destaque quanto maior for o avanço de suas instituições democráticas” (CITADINI, 1995, p. 13).

4.2.1 Posição constitucional e natureza das funções dos tribunais de contas

Em relação ao posicionamento dos órgãos de controle no mundo, percebe-se que na maioria dos países estão eles ligados ao Poder Legislativo, por intermédio de uma relação de autonomia, de apoio à fiscalização exercida pelo Parlamento. Apenas em uma pequena minoria de países, esses órgãos estão vinculados diretamente ao Poder Executivo, ou porque se iniciaram como uma espécie de auditoria interna, alcançando posteriormente sua autonomia, ou mesmo em razão de escolhas políticas (IOCKEN, 2014).

Observa-se, de regra, que os órgãos de controle, quando vinculados ao próprio Poder Executivo, não dispõem de um poder propriamente decisório, constituindo, na verdade, em mais uma etapa no processo burocrático, de natureza consultiva.

Vislumbra-se, ainda, a existência de órgãos de controle integrantes da estrutura do Poder Judiciário, funcionando como uma justiça especializada, como ocorre em Portugal (IOCKEN, 2014).

Percebe-se ser questão polêmica a posição ocupada pelos órgãos que realizam este controle externo (Tribunal de Contas ou Controladoria), na organização do Estado, ou seja, sua posição em relação aos demais Poderes do Estado⁵⁵, existindo distintos entendimentos.

Sob a ótica da Constituição, o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo sem qualquer subordinação.

As características constantes na CF/88 devem ser consideradas para a definição das Cortes de Contas, tendo em vista que são órgãos independentes, instituídos constitucionalmente para fiscalizar financeira e patrimonialmente, prévia, concomitante e posteriormente, os demais órgãos públicos, no exercício legítimo dos cidadãos, que podem pedir prestação de contas aos administradores públicos e sem dependência de qualquer outro órgão (CASTARDO, 2007).

⁵⁵ A discussão apresentada acima não ocorre em países com estabilidade em suas instituições, como os Estados Unidos da América, Inglaterra, França, Alemanha e outras democracias estáveis; mas, em países de grandes mudanças na organização política do Estado, com o fim de regimes ditatoriais europeus (Espanha, Portugal e Grécia por exemplo), a reestruturação do Estado trouxe a discussão sobre a melhor maneira de situar o órgão de controle externo da Administração. Na América do Sul, com o fim do ciclo de regimes militares nos anos 70 e, agora, com os programas de estabilização econômica, esta discussão se faz presente. Igualmente nos países do antigo bloco comunista, com o fim do regime, a organização do Estado democrático e os órgãos de controle da Administração são assuntos de debates (CITADINI, 1995, p. 23).

Hely Lopes Meirelles expressa seu entendimento:

[...] no controle externo da administração financeira, orçamentária e agora gestão fiscal, como vimos, é que se inserem as principais atribuições dos nossos Tribunais de Contas, como órgãos independentes, mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos (MEIRELLES, 2007, p. 706).

Vislumbra-se que, no modelo adotado no Brasil, o Tribunal de Contas não mantém qualquer relação de subordinação com o Poder Legislativo. Adotando tal posicionamento, as Cortes de Contas são organismos que possuem autonomia e independência de atuação sobre a administração pública, abrangendo os três poderes de Estado, procedendo a fiscalização com competências próprias, exclusivas e indelegáveis na forma preconizada pelo art. 71 da Constituição Federal (IOCKEN, 2014).

O Tribunal de Contas então é uma instituição constitucional independente com missão de fiscalizar e verificar a boa aplicação do dinheiro público. É um órgão integrante da pessoa jurídica da União, do Estado ou do Município que o tenha. (CASTARDO, 2007).

Em realidade, a tripartição pura e simples extraída, em um primeiro momento, das lições de Montesquieu, com nítidas influências aristotélicas, não consegue explicar a posição das Cortes de Contas, pois na ordem constitucional brasileira atual, deve ser compreendido como órgão autônomo e independente, que não se encontra subordinado a nenhum dos Poderes clássicos, embora atue com eles de forma cooperativa, em especial com o Poder Legislativo, mas sem que isso prejudique uma atuação conjunta com os demais Poderes, possuindo competências que lhe são exclusivas e asseguradas constitucionalmente (CABRAL, 2014).

Vislumbra-se que apenas no âmbito do exercício das funções previstas nos incisos I, IV e VII do art. 71 da Constituição Federal, e ainda assim unicamente do ponto de vista estritamente funcional, é que se mostra correto caracterizar os Tribunais de Contas como auxiliares do Poder Legislativo (DECOMAIN, 2006).

No tocante ao exercício de suas atividades, o Tribunal de Contas da União age de modo desvinculado inclusive do Congresso Nacional, não atuando, em hipótese alguma, como delegado seu. Não lhe pode o Congresso ditar ordens, dizendo como deve atuar em determinada situação (DECOMAIN, 2006).

Ligada a essa questão da posição constitucional ocupada pelos Tribunais de Contas está a natureza de suas funções, pois muito mais relevante do que saber se o órgão integra um ou outro Poder é saber qual função ele exerce.

Vale salientar que é controversa a natureza da função exercida pelos Tribunais de Contas, havendo quem considere função jurisdicional, quem considere função administrativa

e ainda os que consideram uma função autônoma distinta da legislativa, da jurisdicional e da administrativa, considerando uma quarta função, a função de controle⁵⁶.

Defendendo possuir função jurisdicional está Evandro Martins Guerra:

As Cortes efetuam o julgamento das contas dos demais administradores públicos, está executando tarefa que lhe é peculiar, a função jurisdicional prevista na Carta Magna (art. 71, II), sendo sua decisão impossível de revisão pelo Poder Judiciário, salvo se houver vício de forma, posto que, antes da decisão de mérito, deve ser observado o devido processo legal. Assim sendo, sua atividade é também contenciosa (GUERRA, 2012, p. 168).

Partilhando do mesmo entendimento, tem-se a posição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2008), para quem teria ficado constitucionalmente estabelecida a definição do exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas.

Em que pese a fidelidade às premissas apresentadas pela corrente que entende ser possível uma função jurisdicional pelos Tribunais de Contas, a posição dominante é aquela a qual se filia Celso Antonio Bandeira de Mello (2010) e, também a deste trabalho, concernente ao entendimento de que a função jurisdicional se refere somente às controvérsias resolvidas com caráter de coisa julgada, função essa exclusiva do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro.

Para fundamentar citado raciocínio, extrai-se do artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional, que nenhuma lesão de direito será excluída da apreciação do Judiciário, demonstrando que as decisões dos Tribunais de Contas não são dotadas de definitividade, que é a principal característica para a doutrina majoritária da função jurisdicional.

Adota-se, no presente trabalho, a posição de Ricardo Marcondes Martins (2008) de que também não é possível defender a existência de uma quarta função, apesar de perceber ser difícil enquadrar perfeitamente os Tribunais de Contas na tripartição existente, por força do próprio texto constitucional que orienta que toda atividade estatal consiste ou no exercício de função jurisdicional, legislativa ou administrativa, não trazendo nenhuma possibilidade de exceção.

Assim, citado autor se posiciona da seguinte forma:

Consequentemente, se as ponderações efetuadas pelo Tribunal de Contas podem ser revistas pelo Judiciário, não consistem em função jurisdicional. É pacífico que a atividade de controle não consiste no exercício de função legislativa, pois não efetua ponderações em abstrato. Só resta caracterizá-la como função administrativa. Essa conclusão aplica-se ao controle isoladamente exercido pelo Congresso Nacional, ao controle exercido pelo Congresso com o auxílio do Tribunal de Contas e ao controle exercido somente por este (MARTINS, 2008, p. 371)

⁵⁶ Defendendo a existência de uma quarta função como citado anteriormente têm-se Seabra Fagundes e o Ministro Carlos Ayres Britto.

Concordando *ipsis litteris* com o autor referido, conclui-se que o controle externo da atividade administrativa consiste ou no exercício da função jurisdicional ou no exercício de função administrativa; como a primeira é exercida privativamente pelo Poder Judiciário, tem-se que a segunda é exercida pelo Congresso Nacional (Assembleia Legislativa e Câmara dos Vereadores por simetria) e pelo Tribunal de Contas, sendo, como toda atividade desta natureza, passível de controle jurisdicional.

4.2.2 Tribunais de contas estaduais e municipais

Citando-se a simetria constitucional existente, que já foi referida diversas vezes neste capítulo, explicam-se brevemente as disposições sobre o assunto.

Em seu artigo 75, a Constituição Federal determina que sejam observadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, na estruturação e no funcionamento de seus próprios Tribunais de Contas, as normas traçadas na própria Constituição, no que cabível, relativamente ao TCU. Além disso, embora já fosse possível perceber a obrigatoriedade da existência de um Tribunal de Contas em cada estado, o parágrafo único do artigo em comento ainda determina que as Constituições Estaduais disporão sobre os seus Tribunais de Contas, mas ordena que sejam integrados por sete conselheiros (DECOMAIN, 2006).

Em relação aos municípios, a CRFB/88 dirigiu-lhes proibição de que criassem seus próprios Tribunais de Contas. Esta a regra de seu art. 31, §4º. Não obstante, determinou que as Câmaras Municipais exercessem o controle externo das municipalidades, para o que contariam com o auxílio ou dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Tribunal de Contas do próprio município, ou ainda dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, onde existissem órgãos criados pelos Estados e incluídos em sua estrutura, mas com a incumbência de realizar controle externo das contas dos Municípios apenas⁵⁷ (DECOMAIN, 2006).

⁵⁷ “Municípios e Tribunais de Contas. A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-Membros, mediante autônoma deliberação, instituem órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti — ADI 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios — embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) — atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembleia Legislativa do Estado-Membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75)” (ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/02/06).

Percebe-se que, ao proibir a criação de Tribunais de Contas nos Municípios, mas a eles se referir, conclui-se que a Constituição recepcionou os Tribunais de Contas Municipais que já encontrou existentes quando de sua entrada em vigor, que eram os dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro (DECOMAIN, 2006).

Há independência e autonomia quanto à instituição do Tribunal relativamente ao Estado Democrático de Direito, que se mostra necessária para o fiel cumprimento das suas competências, pois configura-se como um órgão fiscalizador que auxilia além do Poder Legislativo, a comunidade em geral, no exercício dos seus direitos (TORRES, 1992).

A CF/88 instituiu o Tribunal de Contas da União, no artigo 96, como paradigma para os tribunais estaduais e municipais, artigo 75, com as mesmas prerrogativas quanto à autonomia constitucional conferidas aos tribunais do Judiciário, artigo 73, *in fine*, c/c artigo 96, perfazendo-o como uma das estruturas políticas da soberania, com viés, inclusive, nas funções de proteção de direitos fundamentais (CASTARDO, 2007).

No Estado Democrático de Direito, entendendo-se como tal a organização do país com poderes limitados, com dirigentes eleitos periodicamente, em eleições livres, por sufrágio universal e voto direto e secreto, e garantindo as liberdades fundamentais da pessoa humana, torna-se imprescindível que os atos da Administração sejam controlados por um órgão externo à própria Administração e dotado de autonomia e de garantias para o desempenho das funções (CITADINI, 1995), e isto deve ser observado em todas as esferas dos Poderes.

O objeto de fiscalização, a cargo do controle externo, está materializado no art. 37 da CF: a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (RIBEIRO FILHO, 2008). Ou seja, toda a ação de fiscalização ocorre no sentido de verificar a aderência, dos atos praticados pelos gestores públicos, aos princípios elencados na própria Constituição (RIBEIRO FILHO, 2008).

4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO À ESTRUTURA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A composição da Corte de Contas da União tem seus aspectos delimitados no artigo 73 da Constituição Federal. Assim sendo, o Tribunal de Contas da União é composto por nove Ministros que serão escolhidos da seguinte maneira: um terço (3) pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, indicados em lista tríplice pelo

próprio Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, e o terceiro de livre escolha do Chefe do Poder Executivo; e dois terços (6) pelo Congresso Nacional (DECOMAIN, 2006).

É obrigatória a existência de auditores em todos os Tribunais de Contas, inclusive os dos estados e municípios, pela necessidade de observância do modelo federal, consoante inclusive já decidido pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁸.

Citados cargos devem ser providos mediante concurso de provas, ou de provas e títulos, incidindo em face deles a mesma regra que a esse respeito disciplina a admissão dos demais servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo.

O termo membros constante do *caput* do referido artigo 73 deve ser analisado de forma restrita, compreendendo somente os ministros do Tribunal. Adotando-se uma concepção mais ampla de integrantes, pode-se referir tanto aos ministros como aos ministros-substitutos, servidores e membros do Ministério Público junto ao TCU (FERNANDES, 2008).

Consoante previsto no art. 78, parágrafo único, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, o auditor, quando não convocado para atuar em substituição de algum ministro, presidirá a instrução dos processos que lhe forem distribuídos, relatando-os com proposta de decisão a ser votada pelos integrantes do Plenário ou da Câmara para a qual estiver designado (DECOMAIN, 2006).

De acordo com o art. 77 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, são três os auditores junto ao Tribunal de Contas da União (DECOMAIN, 2006).

Os mesmos critérios estabelecidos pela Constituição Federal para o provimento dos cargos de Ministro do Tribunal de Contas da União aplicam-se à escolha dos Conselheiros dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Estados e dos Municípios, por força do que se acha estatuído no art. 75 da Constituição Federal, que manda aplicar a eles as regras previstas para o Tribunal de Contas da União.

O mesmo art. 73, todavia, afirma que será de sete o número máximo de Conselheiros dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Estados.

⁵⁸ A seleção de candidatos ao cargo de Auditor do Tribunal de Contas ocorre obrigatoriamente por concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88, conforme jurisprudência já sedimentada do STF (Adin-MC 2.208/DF, Adin-MC 1.966 MC/ES, Adin 1.067/MG), sendo inconstitucionais quaisquer disposições legais que permitam a indicação política de indivíduos para o cargo.

Nesse sentido, a Constituição definiu o número de Conselheiros e o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que três dos conselheiros serão escolhidos pelo Governador do Estado, dois dentre auditores e membros do Ministério Público, alternadamente, e o terceiro, segundo seu livre critério, e os outros quatro serão escolhidos pela Assembleia Legislativa⁵⁹.

Os requisitos a serem atendidos para que qualquer pessoa possa ocupar o cargo de Ministro do Tribunal de Contas da União ou o de Conselheiro de Tribunal de Contas de Estado, do Distrito Federal, ou de Município, são os seguintes: idade superior a 35 e inferior a 65 anos; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de Administração Pública e; mais de 10 anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos anteriormente mencionados, conforme estabelecido constitucionalmente.

Não obstante a existência desses requisitos mínimos para a indicação dos membros das Cortes de Contas, a intervenção política na sua escolha é comumente criticada por especialistas, já que, em tese, afeta consideravelmente a independência dos Tribunais, uma vez que quem será fiscalizado escolhe o fiscalizador, e isso faz com que se corra o risco de que essas indicações sejam influenciadas por critérios de conveniência política (SPECK, 2002).

Outra crítica reside na questão decorrente da politização da nomeação dos membros do TCU em relação aos financiamentos de campanha eleitoral por empresas privadas. Já que esses ministros ocuparam cargos políticos anteriormente, em sua maioria, não se torna

⁵⁹ Súmula 653 - 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 a sua livre escolha.

“Os Tribunais de Contas estaduais deverão ter quatro Conselheiros eleitos pela Assembleia Legislativa e três outros nomeados pelo Chefe do Poder Executivo do Estado-Membro. Dentre os três Conselheiros nomeados pelo Chefe do Poder Executivo estadual, apenas um será de livre nomeação do Governador do Estado. Os outros dois deverão ser nomeados pelo Chefe do Poder Executivo local, necessariamente, dentre ocupantes de cargos de Auditor do Tribunal de Contas (um) e de membro do Ministério Público junto à Corte de Contas local (um). Súmula 653/STF. Uma das nomeações para os Tribunais de Contas estaduais, de competência privativa do Governador do Estado, acha-se constitucionalmente vinculada a membro do Ministério Público especial, com atuação perante as próprias Cortes de Contas.” (ADI 2.884, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/05/05). No mesmo sentido: ADI 397, Rel. Min. Eros Grau, Informativo 395. “É firme o entendimento de que a estrutura dos Tribunais de Contas dos Estados-Membros deve ser compatível com a Constituição do Brasil, sendo necessário, para tanto, que, dos sete Conselheiros, quatro sétimos sejam indicados pela Assembleia Legislativa e três sétimos pelo Chefe do Poder Executivo. Precedentes. Há igualmente jurisprudência consolidada no que tange à clientela à qual estão vinculadas as nomeações do Governador. Apenas um provimento será de livre escolha; as duas vagas restantes deverão ser preenchidas, necessariamente, uma por ocupante de cargo de Auditor do Tribunal de Contas e a outra por membro do Ministério Público junto àquele órgão”. (ADI 3.361-MC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 22/04/05).

improvável que muitas das empresas ou grupos empresariais que financiaram suas prévias campanhas eleitorais sejam eventualmente objeto de fiscalização pelo TCU, o que põe em xeque a impessoalidade para análise dos referidos processos pelos membros da Corte (CABRAL, 2014).

Nesse sentido, grande parte da doutrina, a exemplo de Odete Medauar, propõe uma melhoria na indicação dos Ministros do Tribunal, a fim de prezar pela autonomia e independência de seus membros, sendo a escolha realizada por meio de concurso público dentre portadores de diploma de curso superior, nas áreas de direito, administração, economia ou ciências contábeis (MEDAUAR, 2004).

Além dos Conselheiros e Auditores substitutos de Conselheiros, o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas é previsto pelo art. 130 da Constituição Federal de 1988, e assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal sobre o assunto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789-DF:

O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política [...] O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estrutura interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 789-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 19-12-94)

Outro integrante da estrutura dos Tribunais de Contas é o Auditor de Controle Externo, que atua na área finalística dos Tribunais, desenvolvendo atividades de fiscalização e análise e instrução de processos de controle externo (ATRICON, 2017).

Relativamente pouco conhecida, é uma carreira na qual os profissionais são selecionados em concursos públicos que exigem formação multidisciplinar e domínio de disciplinas jurídicas, contábeis, econômicas, de administração pública, entre outras (ATRICON, 2017).

Ressalta-se que é através do auditor de controle externo que se tem a matéria-prima de todas as decisões dos Tribunais de Contas, pois é função dessa carreira a realização de auditorias e inspeções, levantamentos, acompanhamento, monitoramentos, exame de recursos, análise de denúncias e a conversão de dados e informações em conhecimento (ATRICON, 2017).

Verifica-se que os Auditores substitutos de Conselheiros não realizam atuação direta na área finalística dos Tribunais, quais sejam de fiscalização e análise e instrução de processos

como os Auditores de Controle Externo, dependendo as decisões dos Tribunais de Contas diretamente da atuação destes últimos.

4.3.1 Atribuições dos tribunais de contas

As atribuições do Tribunal de Contas da União estão estabelecidas na Constituição Federal, que, por simetria, se aplicam, no que couber, aos Tribunais de Contas dos estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais de Contas dos municípios (art. 75, *caput*).

A doutrina majoritária costuma escrutinar os artigos 70 a 75 da referida Constituição e associá-los à cada uma das funções exercidas.

Emprestando o escrutínio de J. R. Caldas Furtado (2014), analisa-se brevemente cada uma delas de acordo com o artigo de referência, apontando-se as devidas ressalvas na classificação apresentada, que, apesar de ser a que melhor explica as funções dos Tribunais de Contas, discorda-se de alguns apontamentos.

I) Função opinativa, que se concretiza quando aprecia as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em 60 (sessenta) dias a contar de seu recebimento (art. 71, I)⁶⁰.

II) Função jurisdicional, que se materializa quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II).

Nesse ponto, faz-se a ressalva de que, no presente trabalho, como já apontado anteriormente, tem-se o entendimento de que o Tribunal de Contas não exerce função jurisdicional, portanto, em relação à função de julgar contas, prefere-se a classificação dada por Bnejamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida (2008) ao denominarem referida função de “judicante”.

Vale acrescentar ainda, apesar de já explanado o assunto no presente, a posição peculiar com a qual apesar de não se compartilhar, reconhece-se a relevância, de Evandro Martins Guerra (2012) quando explica que a jurisdição traduz uma função estatal e o seu

⁶⁰ Contas que serão julgadas pelo Congresso Nacional conforme **Art. 49**. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: **IX** - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (grifo nosso).

exercício apresenta-se difuso entre os órgãos e poderes do Estado. De fato, quando, em colegiado, a Corte de Contas efetua o julgamento das contas dos administradores públicos de toda a Administração direta e indireta do Estado, está executando tarefa que lhe é peculiar, de origem constitucional, sendo sua decisão definitiva.

O autor ainda defende que o Tribunal de Contas está, no plano axiológico, a serviço da verificação e do controle da regularidade das contas e da legalidade das despesas. É o órgão estatal especializado no julgamento das contas públicas (GUERRA, 2012). Destarte, o Poder Judiciário possui a força de rever as decisões do Tribunal de Contas no plano meramente formal, observando-se o devido processo legal, como também os direitos e as garantias individuais. Sem embargo, o mérito da decisão, próprio da Corte de Contas, envolvendo sua função precípua, isto é, o controle contábil, orçamentário, financeiro, operacional e patrimonial, dizendo se as contas são regulares ou irregulares, não poderá ser apreciado pelo Judiciário, tendo em vista o caráter de exclusividade disposto ao órgão constitucional sobre a matéria.

Assim o autor sintetiza que, em face do ordenamento jurídico vigente, o Tribunal de Contas, órgão especializado no julgamento de contas, e o Senado Federal, no julgamento do Presidente da República e demais autoridades, por crime de responsabilidade, consoante os artigos 71, II, e 52, I, da Constituição da República de 1988, exercem função jurisdicional especial, constituindo, pois, exceções à regra do monopólio da jurisdição. Esses são os órgãos, dentro da sistemática constitucional brasileira, que, apartados da organização do Poder Judiciário, têm competência para decidir em caráter definitivo (GUERRA, 2012).

Tal posicionamento parece ser o da maioria dos autores, que classificam a função julgadora estabelecida no inciso em comento como função jurisdicional.

III) Função fiscalizadora, que se manifesta nas seguintes atribuições:

A) 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 (art. 71, III)⁶¹.

⁶¹ A súmula vinculante 3 determina que: "Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão."

B) 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 públicas (art. 71, IV).

C) Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo (art. 71, V).

Tal comando define que a jurisdição da Corte abrange os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, por exemplo, a Hidrelétrica Itaipu Binacional.

O prévio entendimento corrente do referido comando constitucional era de que o Tribunal só poderia exercer sua função fiscalizadora *se* houvesse previsão, nesse sentido, no tratado constitutivo da empresa supranacional, isso em razão de constar na parte final do comando “nos termos do tratado constitutivo”.

Dessa forma, o TCU havia reconhecido que não poderia exercer ação sobre a Itaipu Binacional, em vista da falta da previsão referida. Por esse motivo, o TCU não fiscalizava as contas nacionais da empresa.

Todavia tal entendimento foi superado na prolação dos Acórdãos 88/2015-TCU-Plenário e 1.014/2015-TCU-Plenário, pois ao reavaliar a matéria, o TCU manifestou o entendimento de que a competência constitucional a ele atribuída para fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, tem eficácia imediata e independe de eventual omissão do tratado constitutivo das empresas quanto à respectiva forma de controle externo.

D) 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 (art. 71, VI).

IV) Função informativa, que se consubstancia nas seguintes atribuições:

A) 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 (art. 71, VII).

B) Dar pronunciamento conclusivo à Comissão de Orçamento no prazo de 30 (trinta) dias, quando não prestados os esclarecimentos – ou considerados estes insuficientes -, pela autoridade governamental responsável, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto aos indícios de

realização de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados (art. 72, *caput*, e §1º).

V) Função sancionadora, que possibilita ao Tribunal 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 (art. 71, VIII).

Nessa classificação, vale acrescentar que entre as competências do TCU encontra-se a possibilidade de adotar medidas cautelares (art. 1º, XVII, RITCU), enquadradas como urgentes e de tramitação preferencial (art. 159, RITCU) (SCHOENMAKER, 2011).

Os artigos 273 a 277 do Título VIII, do RITCU, denominado “Medidas Cautelares”, não as definiram como sanções, estas elencadas nos artigos 266 a 272. Nesse sentido, o artigo 274, do RITCU, ao versar sobre a medida cautelar de indisponibilidade de bens, distingue-a explicitamente da sanção prevista no artigo 270 (inabilitação de responsável para cargo em comissão), ratificando o entendimento pela diversidade legal de suas naturezas.

No entanto, alguns autores, como Márcia Semer (2000), posicionam-se no sentido de enquadrar as medidas cautelares como sanção ou como de caráter sancionador.

Citado poder de cautela, na esfera de atuação dos Tribunais de Contas, teve como marco o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510. Referida ação constitucional versava sobre o procedimento licitatório aberto pela CODESP – Companhia Docas do Estado de São Paulo, na modalidade tomada de preços, para a contratação de serviços advocatícios em Brasília, sendo que havendo impugnação administrativa de um dos licitantes na fase de habilitação, ante a ausência de resposta a seus reclamos, determinou o TCU, ao ser provocado, a imediata suspensão do certame até que fosse apreciado o mérito da referida impugnação.

Contra a decisão cautelar da Corte de Contas, interpôs-se *mandamus* para apreciação pela Suprema Corte Federal. Na argumentação da Ministra Relatora Ellen Gracie constou que se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

Já no voto do Ministro Celso de Mello, que inclusive é o voto referencial desse julgado, entendeu-se que isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe

reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Mencione-se ainda a síntese trazida à baila pelo Ministro Sepúlveda Pertence, à época Presidente da Corte Suprema, na qual se afirmou que nenhum poder decisório constitucional é dado tornar-se ineficaz e, por isso, tem-se como implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura.

Em citada decisão, somente o Ministro Carlos Ayres Britto entendeu que as competências do TCU previstas na Constituição seriam *numerus clausus*, não estando a medida cautelar tratada na lide sob apreciação ali incluída.

Assim sendo, conclui-se que a teoria dos poderes implícitos tem servido como suporte à concessão de um poder cautelar aos Tribunais de Contas, sendo certo que, extrapolando tal entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível asseverar que o poder de cautela encontra-se assegurado de forma ampla aos demais órgãos administrativos, que no cumprimento de suas competências expressas possuem, em regra, a atribuição de uma competência preventiva implícita, afinal, seria descabido pressupor que, para exercer as atribuições conferidas legislativamente, careceriam os órgãos dos meios necessários para efetivá-las.

Voltando ao foco do poder sancionatório dos Tribunais de Contas, tem-se como exemplos a suspensão de atos, o afastamento temporário de responsável, a indisponibilidade e o arresto de bens (SCHOENMAKER, 2011).

VI) Função corretiva, que faculta ao Tribunal assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, podendo sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, IX e X)⁶².

VII) Função de ouvidoria, que permite aos responsáveis pelo controle interno, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, §§1º e 2º).

⁶² Estabelece a Constituição Federal: “**Art. 71.** O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.” Mas caso não o faça no período necessário o próprio Tribunal de Contas pode decidir sobre a questão (grifo nosso).

VIII) Função consultiva, que prevista na Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), obriga o Tribunal a 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 (art. 1º, XVII).

IX) Função normativa ou regulamentar, que contempla a obrigação de efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação (CF, art. 161, parágrafo único) e possibilita ao TCU elaborar seu regimento interno, dispondo sobre seu funcionamento (CF, art. 73, *caput*, c/c art. 96, I *a*), bem como, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade (Lei nº 8.443/92, art. 3º).

Ao desempenhar quaisquer dessas funções, o Tribunal de Contas representará ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (CF, art. 71, XI) (FURTADO, 2014).

4.4 TIPOS DE CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas exercem suas ações de várias formas, aperfeiçoando os mecanismos pelos quais desempenham suas atividades de acordo com as próprias necessidades do Estado (CITADINI, 1995).

Como já abordado neste capítulo, em relação aos momentos de realização do controle, podemos dividi-lo essencialmente em três formas básicas: controle prévio, controle concomitante e controle posterior.

4.4.1 Controle prévio, concomitante e posterior: particularidades e importância

O exame prévio dos atos da Administração constitui modalidade de verificação das mais antigas dos órgãos de controle externo. Esse tipo de controle consiste em submeter ao Tribunal de Contas o ato do administrador antes de sua completa formação.

Não é raro ler que o controle prévio é o ideal, por ser capaz de evitar o acontecimento de irregularidades e de minimizar eventuais danos. Entretanto, tais assertivas devem ser vistas com reservas (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

O controle prévio excessivo pode emperrar os atos da Administração, então o que se percebe é que os Tribunais de Contas procuram manter a forma de verificação prévia restrita

apenas a alguns atos de maior relevância, liberando a Administração para agir independentemente nos demais casos.

O que se sugere também, para reduzir um possível emperramento da máquina pública, é a adição do sistema prévio com prazo para manifestação do órgão de controle, considerando-se aprovado o ato do administrador, se não houver decisão tempestiva. Seria uma forma de decurso de prazo e que asseguraria a necessária rapidez com que os atos do Estado devem ser praticados (CITADINI, 1995).

Como exemplo do controle prévio, cita-se o exame realizado pelos Tribunais de Contas⁶³ nos editais dos procedimentos licitatórios, visando à verificação dos princípios e regras elencados na Constituição e na Lei de Licitações, bem como a análise dos editais de concursos públicos (GUERRA, 2012).

Janaina Shoenmaker (2011) faz a ressalva de que, suavizado sob alguns aspectos nesse contexto, o controle prévio há de ser exercido preponderantemente pelo controle interno e não pelos Tribunais de Contas, que atuarão de forma mais seletiva, por amostragem, baseados na identificação de áreas de risco.

Já o controle concomitante constitui forma de verificação pela qual o órgão de controle executa sua ação verificadora a partir do ato da Administração, enquanto o gestor público ainda está implementando sua decisão, diferentemente do método prévio, que imobiliza a Administração até a decisão do órgão controlador⁶⁴.

Nesse momento do controle, efetuam-se auditorias e inspeções durante a vigência e execução de contratos, permitindo que a decisão do Tribunal se dê a tempo de efetuar revisões, reparos, bem como sanar os vícios contidos nos atos sob exame. Para as instituições de controle, a possibilidade de fiscalizar antes de o ato da Administração consumir-se constitui-se em importante instrumento de ação, de modo a tornar ágil e de grande utilidade para a Administração sua conduta de fiscalização.

O sistema de controle *a posteriori* caracteriza-se pela apreciação dos atos da Administração após sua consumação, de forma que a Administração não tem qualquer obrigação de aguardar, prévia ou contemporaneamente, do órgão de controle, que suas

⁶³ A resolução 54/2016 do TCE/MS trouxe a figura do controle prévio dos editais com o prazo de 5 dias para a Corte se manifestar (sítio eletrônico do TCE/MS, disponível em www.tce.mg.gov.br).

⁶⁴ A criação de um setor especializado em auditoria concomitante no TCE/MS no ano de 2016 tem realizado inspeções deste tipo na área de educação (sítio eletrônico do TCE/MS, disponível em www.tce.mg.gov.br). O TCE/MG realiza controle concomitante sobre a execução orçamentária do Governo de Minas Gerais, acompanhando diariamente, mediante comissão especialmente criada para esse fim, todos os atos inerentes às receitas e despesas do Estado (GUERRA, 2012, p. 115).

decisões sejam apreciadas, sendo a manifestação do Tribunal sempre posterior à sua execução (CITADINI, 1995).

Numerosas, também, são as críticas que recebe esse sistema, uma vez que a utilidade da verificação do órgão de controle é quase nula. O ato ilegal, danoso ao Erário, viciado por irregularidades, nenhuma consequência poderá ter para a Administração (ou pouca consequência terá), tendo em vista que sua constatação se dará em momento em que já não será mais possível evitar ou reparar o erro ou sustar a execução do ato irregular e da despesa decorrente (CITADINI, 1995).

Ainda que se estabeleça um sistema punitivo rigoroso para as irregularidades dos administradores, o que seria um fator de intimidação ao agente público, é certo que ao Estado convém muito mais um órgão que faz corrigir, retificar, alterar, sustar, do que um apenas voltado a punir. Por outro lado, reconhece-se que o dano ao erário já estaria perpetuado e pouco poderia a Administração fazer para reaver o dinheiro gasto de forma irregular, certamente isso ocorreria de modo episódico e após longo processo judicial (CITADINI, 1995).

Esse momento do controle possui o propósito de rever o ato para confirmá-lo, se legal e regular, corrigi-lo, no caso de eventuais defeitos apurados, ou desfazê-lo, por via da revogação ou declaração de nulidade (GUERRA, 2012).

São poucos os países que, atualmente, têm esse sistema como o único modo para a apreciação dos atos dos administradores, tratando-se quase sempre de países pouco democráticos ou com deficiente organização de suas instituições (CITADINI, 1995).

Percebe-se que no controle prévio tem-se o benefício de supostamente impedir o ato irregular (supostamente, pois depende da qualidade do próprio controle), mas tem-se o custo do engessamento da administração. Já no modelo posterior, permite-se uma maior agilidade da administração, mas o risco de atos irregulares cresce. E, por último, o modelo concomitante é inviável de ser praticado em absolutamente todos os atos administrativos.

Nota-se que a questão é complexa e o modelo preferível parece ser apontado por uma análise de custo-benefício entre essas variáveis até estabelecer-se um sistema misto dos três tipos.

A adoção dos sistemas de controle prévio, posterior ou concomitante, por um órgão de controle de contas determina o nível de modernização em que essa instituição se encontra. Não há país que não tenha um órgão de controle externo da Administração, no entanto, em muitos deles não se encontra funcionando de forma eficaz, não atingindo uma boa qualidade

de verificação. A adoção de sistemas de fiscalização modernos passa a ser um fator importante para avaliar a situação de cada instituição no mundo (CITADINI, 1995).

4.4.2 Controle de legalidade, legitimidade e economicidade

No *caput* do artigo 71 da Constituição Federal, tem-se a afirmação de que o controle externo, correspondente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes públicos, será empreendido no tocante à legalidade, legitimidade e economicidade.

O permanente alargamento dos serviços e da ação do Estado na economia acabou trazendo aos Tribunais de Contas a necessidade de buscar formas de controle dos atos da Administração que ultrapassem o mero controle formal dos atos do governante.

Envolvendo-se cada vez mais em atividades complexas no mundo dos negócios e fora dele, em atividades referentes a políticas públicas, por exemplo, o Estado levou os Tribunais a objetivarem novas formas de controle da execução das leis orçamentárias, procurando apreciar não apenas a legalidade do ato da Administração, mas também o seu resultado econômico (CITADINI, 1995).

Primeiramente tratando-se de controle de legalidade, tem-se que ele prioriza a apreciação da regular execução das leis por parte do governante, e, vale dizer, continua sendo um importante mecanismo para zelar pela boa gestão dos recursos públicos.

Embora não seja atualmente a única forma de controle, a verificação da legalidade é a base de toda boa gestão das leis orçamentárias. Afinal, cumprir rigorosamente as leis votadas no Parlamento, seguir à risca as disposições do orçamento, sem violação ou irregular gestão, é a primeira obrigação do administrador público. Verificar se os atos administrativos obedeceram estritamente às leis é a primeira responsabilidade dos órgãos encarregados do controle administrativo (CITADINI, 1995).

A fiscalização da legalidade “dos atos de índole orçamentária e financeira é papel do Legislativo e dos Tribunais de Contas, e envolve o exame da adequação financeira ao orçamento e às leis, além da análise formal das contas, seus aspectos da certeza, exatidão e correção de números e cálculos” (SCHOENMAKER, 2011, p. 88). Ademais, abrange a análise de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, no sentido de preservar a ordem jurídica determinada constitucionalmente, tal como previsto na Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, como bem aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1992), quando a Constituição distingue legitimidade de legalidade é exatamente para sublinhar que aquela concerne à substância do ato, de tal sorte que a legitimidade não observa somente as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também, em sua substância, ajusta-se a esta, assim como aos princípios da boa administração.

Assim sendo os Tribunais de Contas em razão da previsão constitucional de realizar suas ações empreendendo a legitimidade, torna-se órgão guardião da boa administração pública.

Noutra vertente, Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1993) defende que a legitimidade, enquanto espécie de projeção de um conceito exterior que deve emergir de todos os atos administrativos, define-se pela interpretação de três valores fundamentais – ou de atributos, como preferem alguns – que revestem os atos e que são a moralidade, legalidade e finalidade.

Nesse sentido, José Cretella Júnior (1992) considera no Direito Administrativo a legitimidade como sendo o aspecto que revela se o ato editado o foi com observância às normas ou aos princípios jurídicos vigentes.

A fiscalização da legitimidade enseja também o controle de gestão, a análise de resultados e a apreciação da justiça e do custo-benefício, ou seja, verificar se o cidadão realmente obtém a contrapartida do seu sacrifício econômico (SCHOENMAKER, 2011).

Fiscaliza-se o atendimento das necessidades públicas. Verifica-se o cumprimento do bem público pretendido, inclusive com controle de mérito dos atos, entendido este como controle da legalidade e economicidade das decisões políticas, e não a análise dos objetivos das decisões políticas (SCHOENMAKER, 2011).

Assim, o controle da legitimidade não significa apenas a verificação da relação de adequação entre o ato administrativo praticado e a capacidade do agente de fazê-lo, mas também a correta verificação da relação de adequação entre o ato administrativo praticado e os valores e necessidades fundamentais da coletividade (SCHOENMAKER, 2011).

Pode-se inclusive dizer que se admite o controle da legitimidade quanto ao aspecto de mérito do ato objeto de fiscalização, pois, assim, pode não ser legítimo por afrontar princípios jurídicos outros, como o da moralidade administrativa, tornando-se ilegítimo ou passível de impugnação por ocasião da fiscalização (SCHOENMAKER, 2011).

Então outra forma de controle dos atos da Administração é o chamado controle de mérito, que visa a apreciar se o ato da Administração Pública atingiu seu objetivo adequadamente e com o menor custo para a Administração.

Por sua vez, Marçal Justen Filho (2012) espousa entendimento contrário aos controles do mérito, da conveniência ou da discricionariedade, por ausência de expressa previsão constitucional nesse sentido.

Para o autor, o controle-fiscalização envolve a verificação da regularidade do exercício da competência, inclusive discricionária, atribuída pela lei, mas o órgão controlador não é investido na titularidade da competência cujo exercício está sujeito à sua fiscalização. Não é possível o órgão fiscalizador substituir-se ao titular da competência para realizar avaliações e estimativas no tocante à oportunidade, à consistência ou à finalidade de providências de natureza discricionária (JUSTEN FILHO, 2012).

Então a fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, o que significa verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e se a autoridade administrativa atuou visando à realização dos direitos fundamentais, com observância dos valores democráticos (JUSTEN FILHO, 2012).

Apesar de o autor não admitir que o juízo de conveniência e oportunidade inerente à atividade administrativa seja revisado pelo órgão de fiscalização - o que ele entende decorrer do controle de mérito -, admite que caberia o exame do desvio de finalidade, abuso de poder, ou ainda, de decisão inadequada, desproporcional (JUSTEN FILHO, 2012).

No entanto, parece claro que esta forma de verificação, que procura analisar o ato administrativo vinculando-o com o sucesso de seu objetivo, bem como analisando se os meios utilizados pela Administração foram os mais adequados, traz grande realce às auditorias no julgamento dos atos administrativos (CITADINI, 1995).

A fiscalização da economicidade pelos Tribunais de Contas consiste no controle da eficiência⁶⁵ da Administração Pública, resultante da análise da utilização da capacidade de potencializar a receita frente às despesas e da capacidade de reduzir o custeio para adaptá-lo à arrecadação (SCHOENMAKER, 2011).

Tal controle exige análise abrangente e pode envolver processo de prestação de contas ou auditoria⁶⁶, sugestões e orientações⁶⁷ acerca da eficiência ou ineficiência dos atos

⁶⁵ Em uma das perspectivas trabalhadas no primeiro capítulo, nas quais é focada.

⁶⁶ Sintetiza-se alguns instrumentos fiscalizatórios dos Tribunais de Contas: A) Levantamento – utilizado para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, bem como para avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações. B) Acompanhamento – utilizado para examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. C) Monitoramento – instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos. D) Auditoria – instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis, bem

controlados como resultado de auditorias operacionais⁶⁸ ou de gestão, num processo de colaboração das Cortes de Contas no aprimoramento da Administração (SCHOENMAKER, 2011).

Nas palavras de Lucia Valle Figueiredo (2008, p. 344) “economicidade é a relação entre custos e benefícios”. Ou seja, é a relação entre os custos relativos aos objetivos que se pretende alcançar, significa realizar o objetivo utilizando o menor custo possível.

Além disso, deve-se frisar que aos Tribunais de Contas não cabe exercer suas atividades de controle na perspectiva unicamente dos enfoques resultantes do caput do artigo 70 da Constituição Federal, deve-se ter claro que ao cumprirem suas funções de controle da atividade estatal, deverão realizar voltados para a preservação dos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública de maneira geral (DECOMAIN, 2006).

E, ofendido qualquer desses princípios por atividade sujeita ao controle dos Tribunais de Contas, deve o órgão proferir decisão que responsabilize o agente nos limites que lhe cabem (DECOMAIN, 2006).

como para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal e, também, para subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro. E) Inspeção – utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito a sua jurisdição (ALBUQUERQUE E MEDEIROS, 2011). Acerca de inspeções, GUERRA (2012, p. 170) acrescenta que podem ser chamadas ordinárias ou extraordinárias, de acordo com o ato administrativo que as origina e fundamenta. Ordinárias são aquelas regulares, periódicas, costumeiras, que visam ao acompanhamento dos atos de despesa, verificando a legalidade, a legitimidade e a economicidade, assim como a conformidade com os planos e metas de governo. Extraordinárias são as excepcionais, especiais, singulares, que só ocorrem em dadas circunstâncias imprevistas, sendo determinadas para apuração e verificação do caso concreto, seja por iniciativa do próprio Tribunal no cumprimento de sua missão institucional, ou por provocação de terceiros por meio de denúncia ou representação, sempre que houver indícios de atos de gestão irregulares ou prejudiciais ao erário.

⁶⁷ As inspeções e auditorias evidenciam, além da fiscalização em si, o efetivo papel pedagógico destinado às Cortes de Contas, instruindo acerca da melhor forma de execução dos orçamentos e lançamento dos dados inerentes, levando a uma melhor compreensão dos procedimentos adotados (GUERRA, 2012, p. 171).

⁶⁸ Trata-se da fiscalização cabível quando se deseja avaliar a eficiência dos órgãos governamentais. Segundo o Manop (BRASIL, 2010): “Ao contrário das auditorias de regularidade, que adotam padrões relativamente fixos, as auditorias operacionais, devido à variedade e complexidade das questões tratadas, possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria. Empregam ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais”. A auditoria operacional é composta por oito fases. O início se dá com a seleção de temas a serem abordados. Escolhido um tema, no planejamento é elaborado o projeto de auditoria, que tem por finalidade detalhar os objetivos do trabalho, as questões a serem investigadas, os procedimentos a serem desenvolvidos e os resultados esperados com a realização da auditoria. Na execução é feita a coleta e análise das informações que subsidiarão o relatório destinado a comunicar os achados e as conclusões da auditoria. Por fim, depois que o relatório foi apreciado pelo Tribunal, decorrido determinado prazo para que o gestor implemente as recomendações e determinações, é feito o monitoramento, que tem como objetivo acompanhar as providências adotadas pelo auditado, além de aferir o benefício decorrente de sua implementação. Segundo o Manual de Auditoria Operacional do TCU (BRASIL, 2010), “pela sua natureza, as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, consequentemente, são mais analíticos e argumentativos”.

O respeito aos princípios que regem a Administração Pública são condicionantes da efetiva existência de um Estado Democrático de Direito, qualquer desvio malferindo-os deve ser objeto de providência por parte dos Tribunais de Contas, nos limites das atribuições que lhes foram conferidas pelo texto constitucional em vigor (DECOMAIN, 2006).

5. REFORMA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA REVISÃO A PARTIR DA IDEIA DE INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na medida em que a sociedade anseia pela boa governança pública, com a prestação de serviços públicos eficientes, cresce a discussão sobre a atuação dos Tribunais de Contas no Brasil.

Inexoravelmente, tais anseios perpassam pelo controle externo realizado pelas Cortes de Contas que, por meio de suas atividades fiscalizatórias, podem contribuir para a satisfação dos direitos sociais e para a detecção dos casos de corrupção e desvios, constituindo-se em meios de garantias administrativas (RAMIRES; ROCHA NETO, 2015).

Analisando-se a efetividade do controle externo realizado pelos Tribunais de Contas, é possível afirmar que se traduz a finalidade implícita da própria atividade de controle estatal: contribuir, zelando pela regular aplicação dos recursos públicos, para a concretização dos direitos e garantias fundamentais e dos objetivos de nossa República, elencados no art. 3º da Constituição Federal (COELHO, 2010).

Conclui-se, portanto, que toda ação de controle externo da Administração Pública realizada pelos Tribunais de Contas, com o objetivo de fiscalizar a realização das despesas públicas, a aplicação correta do dinheiro público e a lúdima instrumentalização dos conectivos legais, é imprescindível para atingir os objetivos fundamentais estampados no texto constitucional.

A efetividade do controle depende de um conjunto de ações coordenadas que visam, a um só tempo, a consolidar a fiscalização como atividade essencial, garantidora da correta aplicação dos recursos públicos, possibilitar a otimização da gestão do patrimônio público e buscar maior aproximação com a sociedade (COELHO, 2010).

A aplicação de multas, com proporcionalidade e razoabilidade, e o resgate de valores investidos em contratos fraudulentos têm a natureza de, quando necessária e suficientemente adequada, reprovam e previnem a corrupção no país, de maneira a criar possibilidades de reinvestimento das disponibilidades em direitos básicos do cidadão, como: segurança, educação, moradia, alimentação, saneamento básico, saúde, entre outros.

Assim, racionalizar os procedimentos de fiscalização, monitorar o cumprimento das decisões e recomendações, investir no marketing institucional e priorizar as auditorias de desempenho são bons exemplos dessas práticas que, certamente, contribuirão para conferir

maior credibilidade ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas brasileiras e torná-lo, de fato, efetivo (COELHO, 2010).

Sem embargo do papel de destaque conferido aos Tribunais de Contas brasileiros pelo texto constitucional vigente (vide capítulo 4), é possível e desejável que haja um aprimoramento na atuação e conformação das Cortes de Contas, de modo que, exercendo seus misteres, sirva de fundamental instrumento para o cumprimento do princípio da boa administração pública, o que tem por fim o bem-estar dos administrados.

Consciente de que as possibilidades de certas melhorias institucionais dependem de uma série de fatores extrajurídicos (vontade política, interesses de grupos econômicos ou mesmo o cenário socioeconômico em vigor) e que possíveis aprimoramentos podem ser percebidos sob as mais diferentes óticas, nesta dissertação, serão abordadas algumas das principais mudanças, capazes de engrandecer a atuação da Corte de Contas, mantendo-a afinada ao princípio da boa administração.

5.1 O TRIBUNAL DE CONTAS COMO FISCALIZADOR DE BOAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O desejo ávido do administrador, o seu maior desafio, é assegurar-se de que está sendo alcançada a otimização dos recursos disponíveis. Essa é a mola mestra da Administração, tanto pública quanto privada.

Busca-se sempre, como escopo permanente, a homeostasia entre receita e despesa, o equilíbrio das contas públicas mediante planejamento e estabelecimento de prioridades (GUERRA, 2012).

Na execução desse mister, quer dizer, a aferição da racionalidade na aplicação dos recursos, é que atua o controle. Certo é que o governo não pode deixar de cumprir sua missão primeira: arrecadar e gastar, de acordo com as necessidades dos administrados.

A ideia de uma certa reserva do possível tem sido entendida como contrapeso à eficácia dos direitos fundamentais sociais. Deve-se ter a compreensão de que essa reserva é composta, basicamente, pela competência do legislador em determinar a alocação dos recursos através das leis orçamentárias, assim como pela efetiva disponibilidade (arrecadação) dos recursos ali previstos.

O princípio da separação e harmonia dos Poderes reforça o dever do Poder Executivo de realizar as escolhas do legislador orçamentário. Uma vez determinada pelo legislador a

realização de um determinado programa social, a regra geral deve ser a da vinculação da Administração a essa vontade expressa (GRADVOHL, 2009).

Não se quer dizer com isso que é vedada qualquer discricionariedade por parte do Poder Executivo na execução do orçamento. Esta deve existir, até porque, em diversas situações, é a Administração Pública que apresenta maiores condições de escolher a maneira mais eficaz de realizar determinada tarefa, possuindo uma maior legitimidade institucional para tanto. Contudo, a discricionariedade somente pode se dar nas situações em que a Lei Orçamentária assim o permitir (GRADVOHL, 2009).

Não cabe ao Tribunal de Contas tomar o lugar do administrador, comprometendo o implemento de programas de governo ou mesmo realizando modificações próprias da Administração (BARRETO, 2012).

Cabe-lhe, tão somente, verificar a observância dos princípios regentes da atividade estatal, sem se intrometer na esfera de liberdade legitimamente exercida pelo agente público. No entanto, a análise da economicidade torna indiscutível que a Corte de Contas deverá realizar o controle do aspecto material dos atos de execução orçamentária (GARCIA, 2006).

Arrematando-se a questão, em alguns setores há vinculação a percentuais mínimos de aplicação, previstos na Constituição (educação, saúde e pesquisa), não podendo gastar menos do que a exigência constitucional. Nesses casos, resta fundamental a criteriosa gestão dos escassos recursos disponíveis, devendo a gastança ser procedida com economia e eficiência, gerando ações eficazes e alcançando resultados inicialmente previstos (GUERRA, 2012).

A Constituição da República de 1988, quando faz menção à legitimidade e à economicidade como critérios informadores do controle externo, evoca imediatamente intervenções dos Tribunais de Contas em matérias sensíveis no campo das escolhas orçamentárias e da alocação de recursos para implementação de políticas públicas.

Nesse viés, a correlação entre a boa finança pública e a boa política é inevitável à medida que o controle do aspecto da legitimidade significa a abertura para a política – a política fiscal, financeira e econômica – e o aspecto político do controle se estende ao Tribunal de Contas, devendo distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado às Cortes, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a nova estrutura democrática do país (WILLEMANN, 2017).

Nesse cenário, não podem as Cortes de Contas controlar as decisões do gestor no sentido dos objetivos traçados em sua gestão, mas podem e devem realizar o controle da realização dessas decisões nos aspectos que lhe foram constitucionalmente permitidos.

5.2 AÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM CONTRAPONTO COM O PODER JUDICIÁRIO

A interferência dos Tribunais de Contas nas políticas públicas, se comparada ao Poder Judiciário, supera as questões em que os órgãos deste poder costumam esbarrar.

Explica-se: enfrentam-se objeções em relação à possibilidade de um órgão – o Poder Judiciário - destituído de representatividade popular interferir diretamente nas escolhas realizadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

Há sempre um grande entrave quando o Judiciário é chamado a se manifestar e intervir em relação a revisões de escolhas políticas, principalmente orçamentárias, superando questões relativas ao princípio da separação dos poderes, bem como ao princípio democrático enquanto expressão da soberania popular.

Por outro lado, também aponta-se usualmente a incapacidade operacional do Poder Judiciário para avaliação de políticas públicas, destacando-se a falta de conhecimentos específicos necessários para a realização de um exame quando do gerenciamento dos recursos públicos (WILLEMAN, 2017).

Critica-se, então, que membros irresponsáveis politicamente perante a população e sem conhecimentos específicos na área orçamentária possam interferir em escolhas realizadas por autoridades eleitas que definem os gastos a serem priorizados diante da escassez de recursos.

Esses problemas, em certa medida, não são enfrentados pelos Tribunais de Contas, pois, primeiramente, são órgãos constitucionais dotados de autoridade para o exercício da fiscalização financeira do Estado, não havendo espaço para questionamentos no controle da implementação de políticas públicas por eles, já que é missão constitucional confiada a tais instituições, nem cogita-se falar em incapacidade para análise de área orçamentária.

Como bem apontado por Marianna Willeman (2017, p. 286), a questão relativa aos Tribunais de Contas não reside tanto em teorizar a respeito da possibilidade ou não de controle, mas sim em “buscar ferramentas e parâmetros que, conciliados aos imperativos democráticos, possam efetivamente favorecer a concretização dos direitos fundamentais”.

O exercício da fiscalização financeira do Estado já pressupõe que tais órgãos sejam tecnicamente preparados e que tenham à sua disposição o aparato e as informações necessárias para uma visão global e abrangente das finanças públicas e, mais propriamente, do gerenciamento de recursos limitados.

Noutro norte, também pode ser combatida a crítica que aponta a ausência de legitimidade democrática, uma vez que, embora os membros dos Tribunais de Contas, à semelhança dos magistrados, não sejam eleitos, as Cortes de Contas ostentam viés menos problemático, pois, primeiramente, a Constituição da República consagra expressamente o controle de legitimidade, mas também porque há o caráter coadjuvante de algumas de suas deliberações, cuja decisão meritória é compartilhada com o Poder Legislativo, como acontece em matéria de contratos públicos (WILLEMANN, 2017).

Outrossim, vislumbra-se um menor potencial invasivo das decisões dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas, já que, diferentemente da atuação Judicial, não lhes cabe solucionar conflitos de interesses, adotar decisões envolvendo bens da vida em litígio ou dar a última palavra quanto à efetivação de um direito subjetivo (WILLEMANN, 2017).

Os Tribunais de Contas, em verdade, acompanham a ação do gestor, tendo antes da função sancionadora ou definitiva uma ação preventiva e pedagógica direcionada ao gestor e sua equipe.

Essa ação preventiva e pedagógica, de orientação, que os Tribunais de Contas prestam, por exemplo, ao promover cursos presenciais e de ensino à distância tratando sobre Lei de Responsabilidade Fiscal, contratos e licitações, convênios, prestação de contas, além de seminários e debates com a Administração Pública, apesar de pouco chamarem a atenção, possuem uma grande importância na ação do controle (AGUIAR, 2011).

Muitas vezes as irregularidades apuradas nos procedimentos de fiscalização têm origem na desinformação dos gestores e não necessariamente em tentativas deliberadas de lesar os cofres públicos, sobretudo em municípios situados em regiões mais pobres e distantes dos grandes centros urbanos, onde, não raro, ainda persistem sérias dificuldades de acesso à informação e à instrução (COELHO, 2010).

Além disso, ao realizar controle sobre a política pública, os Tribunais de Contas dirigem-se prioritariamente ao próprio gestor público, seja monitorando sua atividade, seja recomendando que reavalie suas escolhas mediante ponderações e apresentação de soluções que podem servir de base para que a própria Administração Pública reconsidere suas opções e promova adaptações nas políticas implementadas (WILLEMANN, 2017).

Além dos Tribunais de Contas acompanharem os passos das políticas públicas, diferentemente dos órgãos do Poder Judiciário, uma vez que a este a provocação já chega quando o ato está findado e já gerou consequências, acentua-se, em especial, a função colaborativa da intervenção dos Tribunais de Contas, pois se trata de área em que o controle não se volta à detecção de irregularidades e aplicação de sanções como já dito, mas prioriza o

diagnóstico célere e tempestivo de equívocos e inconsistências, acompanhado de sugestões de aprimoramento e possíveis soluções.

Assim sendo, a visão do Tribunal de Contas favorece a melhoria das escolhas orçamentárias e das opções do gestor Público, tendo em vista que o controle de políticas públicas ostenta natureza operacional e examina a produção de resultados:

Essa interlocução pode ser instrumentalizada por meio do emprego de modernas técnicas dialógicas, as quais, uma vez incorporadas à cultura do controle externo, podem ampliar as contribuições que os Tribunais de Contas têm a oferecer em prol da tutela dos direitos fundamentais, fornecendo uma melhor resposta à sociedade frente às limitações financeiras (WILLEMANN, 2017, p. 311).

Nesse contexto, observa-se também o caráter eventualmente provisório das decisões das Cortes de Contas, eis que sujeitas a contestações.

Registra-se que referida provisoriedade, ao contrário do que se possa imaginar, permite melhores resultados na implementação de políticas públicas, porque vêm derivados de interações e debates em que cada esfera de decisão participa de acordo com sua capacidade institucional (WILLEMANN, 2017), tornando-se ao final uma decisão definitiva dotada de maior especialidade e após apurada análise de todos os aspectos envolvidos.

Dessa forma, a postura geral das Cortes de Contas deve ser de respeito às decisões discricionárias e às soluções de mérito adotadas pela Administração Pública, aplicando-se o princípio geral de autocontenção (*self-restrain*) em relação à alocação de recursos públicos, enfatizando-se a função pedagógica e colaborativa que deve ser cada vez mais desenvolvida para permitir uma maior interação com as instâncias administrativas.

Salienta-se a necessidade de respeito à discricionariedade do gestor para diminuir os riscos geralmente associados ao controle externo do ponto de vista do Executivo, como inibir o empreendedorismo, a inovação e a experimentação da Administração Pública em razão do temor ao erro e consequente ação dos órgãos de controle.

Os Tribunais de Contas, assim, devem se comportar, dentro de seus limites de atuação, pois os impasses gerados pela superposição de órgãos de controle e o culto ao controle podem ter reflexos negativos à medida que acabam por desencorajar o gestor a pensar em soluções criativas para os problemas que enfrenta, acabando por caminhar na contramão da boa administração:

O modelo de controle externo assentado em bases formalistas, burocráticas e repressivas encontra-se ultrapassado e não contribui para a concretização do direito fundamental à boa administração pública. Sua remodelagem passa pela importância das denominadas auditorias operacionais, em relação às quais deve ser conferido o papel de ferramenta precípua para o exercício da fiscalização financeira. As auditorias operacionais voltam-se para a identificação de fatores e circunstâncias que interferem negativamente no desempenho da administração pública e, por seu

intermédio, podem ser formuladas propostas de aperfeiçoamento visando a melhorar seu impacto na sociedade (WILLEMANN, 2017, p. 325).

O que se sustenta é que uma melhoria na atuação das Cortes de Contas envolve uma conduta não ativista por parte desses Tribunais, que devem atuar somente dentro dos limites de suas competências constitucionais e legais, não interferindo na margem de discricionariedade atribuída legitimamente ao gestor público.

No entanto, o descompasso entre as escolhas políticas na etapa do planejamento orçamentário e sua execução pela Administração Pública já autoriza um controle mais rígido e presente a cargo dos Tribunais de Contas, bem como no caso da ilegitimidade da escolha administrativa ser objetivamente aferível à luz dos dados extraídos das contas de governo e dos resultados de inspeções e auditorias, quando será possível à Corte de Contas atuar inibindo, ainda que temporariamente, a ação administrativa.

Reside nesse ponto a atividade sancionadora dos Tribunais de Contas, que há que ser realizada nos casos devidos. Os números mostram que ou há uma ação vigorosa daqueles que cuidam do controle ou, então, a sociedade padece com a falta de recursos em setores essenciais dos quais reclama. Cita-se que em 2010, o Tribunal de Contas da União proporcionou uma economia de R\$32 bilhões de reais ao Estado Brasileiro (AGUIAR, 2011), quantia significativa que demonstra a necessidade de uma atuação presente dos Tribunais.

O ex-Ministro do Tribunal de Contas da União, Ubiratan Aguiar, ilustrou a questão em palestra do evento realizado pela ATRICON, posteriormente publicada nos respectivos Anais:

Nós fizemos uma estimativa de sobrepreços, os nossos técnicos, os nossos Auditores, de aproximadamente R\$ 300 milhões no contrato. Nessa hora o Tribunal faz uma coisa que, às vezes se volta contra ele, mas é dever nosso, é o amplo direito de defesa consagrado pela Constituição, abrimos prazo, como abrimos para as partes se pronunciarem, para que haja o contraditório, para que falem, contestem aqueles levantamentos preliminares e foram comprovando. Até que chegou num patamar que não havia mais como contestar. De aproximadamente R\$300 milhões, justificaram R\$180 milhões, mas ficaram R\$120 milhões que não havia mais como justificar. Qual foi a solução? Assinar um aditivo ao contrato que já havia sido celebrado, reduzindo em R\$120 milhões o valor da obra a ser executada. É com esse intuito que nós trabalhamos, o intuito de ajudar o Estado Brasileiro. R\$120 milhões que o governo vai dispor para outros programas, para outras ações, que não podem sair da forma escandalosa que, às vezes, acontece pela voracidade daqueles que querem avançar nos recursos públicos (AGUIAR, 2011, p. 50).

Observa-se que a atuação efetiva dos Tribunais de Contas, dentro dos limites permitidos no ordenamento jurídico, traz uma economia aos cofres públicos de quantias que poderão vir a ser investidas em concretizações de direitos fundamentais e alcance da verdadeira boa administração.

5.3 CONTROLE INTERNO E SOCIAL COMO PARCEIROS QUE LEGITIMAM O CONTROLE EXTERNO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ponto de fundamentalidade incontestável para um aprimoramento dos Tribunais de Contas se refere à participação da própria sociedade, o que legitima ainda mais a atuação das Cortes de Contas nas políticas públicas, uma vez que o cidadão é seu beneficiário direto.

Para que o controle externo produza efeitos concretos, tanto na fiscalização quanto na mensuração da efetividade da gestão, faz-se necessária a criação de mecanismos e canais eficientes de comunicação e diálogo com o cidadão (VUOLO, 2011).

Salienta-se que, de um lado, não podem os cidadãos fiscalizarem individualmente a gestão e, de outro, tampouco podem as instituições de controle garantir sozinhas a efetividade dos resultados da gestão pública (VUOLO, 2011).

Destarte, torna-se imperiosa a conjunção de esforços, de estreitamento das relações entre os Tribunais de Contas e a sociedade em torno de objetivos qualificadores dos resultados das políticas públicas.

No Estado democrático brasileiro, a Administração Pública está fundada tanto no princípio da publicidade (art. 37, CF/88) quanto no princípio republicano (art. 1º, CF/88). Ou seja, o administrador da coisa pública no Brasil deve responder por seus atos e omissões perante o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, mas sobretudo perante o próprio povo, verdadeiro titular da *res publica* (VUOLO, 2011).

Dessa forma, defende-se uma discussão permanente com a sociedade para uma participação efetiva do controle social na ação das Cortes de Contas. Pode-se afirmar que atualmente a Ouvidoria do Tribunal de Contas da União, a título de exemplo, recebe um número expressivo de denúncias, de dados, de informações que subsidiam o desenvolvimento de um trabalho efetivo de fiscalização, pois como bem explanou o ex-Ministro Ubiratan Aguiar, a fiscalização sem o controle social ficaria deficitária:

Não há de se querer imaginar que, com cerca de 1.200 Auditores em campo, realizando inspeção, diligências, Auditorias, nós possamos cobrir os quase 12.000 órgãos que compreendem a nossa clientela, seria impossível. Então, é de fundamental importância essa participação da sociedade, essa tomada de consciência do povo brasileiro, de que governo não é apenas o governante. Governo somos todos nós, que pagamos impostos, que queremos ver a sua aplicação, que queremos resultado, que desejamos obter a maximização dos resultados dos programas e dos projetos que são desenvolvidos (AGUIAR, 2011, p. 48).

Nesse sentido, a interação com a sociedade civil deve liderar a pauta de reformulações internas ao funcionamento de tais instituições, para intensificar o potencial da cidadania como protagonista do ciclo de controle da gestão dos recursos públicos, tendo-se assim um processo

de retroalimentação positiva entre Tribunais de Contas e cidadania, base da vocação democrática da *accountability* das finanças públicas em prol do direito fundamental à boa administração (WILLEMANN, 2017).

Ressalta-se que a Administração Pública passa por um processo de modernização, saindo de um modelo burocrático para um modelo gerencial de administrar, em que é imprescindível uma gestão responsável, norteada por princípios, buscando o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o atendimento das necessidades da população baseados em controle dos gastos públicos (OLIVEIRA, 2011).

Nessa esteira, outro grande parceiro do controle externo no controle das políticas públicas é, sem dúvidas, o controle interno. Diferentemente do controle externo, o controle interno assume uma feição mais voltada para a gestão, por ter a possibilidade de exercer um controle concomitante - durante a realização do ato - , proporcionado pela proximidade com os órgãos executores dos atos sob controle (OLIVEIRA, 2011).

Salienta-se que a implementação do controle interno no âmbito municipal é fundamental para que exista a salvaguarda dos ativos, a fidedignidade dos registros, demonstrações, informações e relatórios contábeis e o conhecimento efetivo de sua realidade para um melhor planejamento das ações governamentais (OLIVEIRA, 2011).

Também é essencial que a decisão sobre a quem caberá a função de controlador interno do Município seja pautada em questões técnicas e não políticas, é dizer, que seja observada a qualificação técnico-profissional, incluindo seu comprometimento com os objetivos da Administração Pública. Só assim poderá haver independência necessária para o adequado exercício da função, tornando o controlador, ao mesmo tempo, um parceiro do gestor e um auxiliar do controle externo (OLIVEIRA, 2011).

Mencione-se que o controle interno possui (deve possuir) o mais amplo conhecimento a respeito das políticas públicas implementadas em determinada gestão, já que se trata de um órgão interno do ente estatal instituidor da própria política pública em comento.

Dessa sorte, tendo o controle externo capacidade constitucionalmente reconhecida e a parceria do controle interno, que auxilia diretamente o próprio gestor e detém toda a documentação necessária, com o controle social, que é o atingido diretamente pelas políticas públicas, restam demonstradas não só a possibilidade de controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas, como a sua real necessidade para uma boa administração pública.

5.4 MAIOR AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA POLÍTICA POR MEIO DA EMENDA DO QUARTO PODER: PODER CONTROLADOR

Tratando-se da importância do controle no ordenamento jurídico, toma-se como exemplo um problema que assola o país: a corrupção. Pode-se afirmar que, antes de um crime de corrupção, possivelmente existiram atos administrativos irregulares que não foram controlados pelo controle interno, externo ou social (NAVARRO, 2011).

Nesse contexto, se os processos administrativos que julgam a administração do dinheiro público fossem efetivos, então haveria menos casos de crimes de corrupção a serem apurados pelas autoridades competentes. Ou seja, de imediato, observa-se a necessidade de uma efetiva fiscalização e controle dos atos administrativos.

Não por outra razão, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil vivencia um movimento de ampliação do controle da Administração Pública.

Por um lado, instituições foram criadas com a única e exclusiva finalidade de verificar a lisura nos gastos orçamentários e checar a legalidade no exercício das competências públicas (MARQUES NETO; PALMA, 2017).

Exemplo disso é a Controladoria Geral da União (CGU). Muito embora a origem da CGU se relacione diretamente com a tentativa de elevar a credibilidade do Poder Público, pois o controle interno praticado por um órgão autônomo simbolizaria uma gestão menos permissiva, fato é que a instituição surgiu em atendimento à ideia de um maior controle estatal (MARQUES NETO; PALMA, 2017).

Por outro lado, instituições já consolidadas no panorama político brasileiro foram reconfiguradas praticamente por completo para efetivar com maior força o ideal de controle, por exemplo, o Ministério Público, que, além de se emancipar frente ao próprio Executivo, foi paulatinamente estruturado em termos de carreira, orçamento de quadros e organização administrativa (MARQUES NETO; PALMA, 2017).

Sem ruptura com o acima exposto, sabe-se que a Constituição Federal apresenta como cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III) a separação dos poderes, mas salienta-se que tal dispositivo não proíbe a instituição de outras formas de garantia dos direitos fundamentais (CASTARDO, 2007).

Aliás, frisa-se que a imprescindibilidade, em uma ordem republicana democrática, é de que exista uma separação entre os Poderes, de modo que um não invada as competências do outro. No entanto, não se apura necessariamente a exigência de uma tripartição dos poderes ou funções.

Há, inclusive, um forte debate no cenário atual defendendo que, com a insuficiência em resolver os problemas que se apresentam sob a ideia inicial da separação dos poderes apresentada pela Constituição Federal, os Tribunais de Contas caracterizam-se como um quarto poder na defesa da boa aplicação do dinheiro público e na satisfação dos direitos fundamentais que dele necessitam.

Como explanado em capítulo anterior neste trabalho, existem os que entendam que os Tribunais de Contas já seriam um quarto Poder, já tendo sido abordado também que não é a posição aqui defendida, pois a Constituição é clara ao estabelecer uma tripartição, não se entendendo cabível qualquer outra interpretação no ordenamento atualmente.

Filia-se, neste trabalho, aos que defendem uma proposta de alteração da Constituição Federal, para que se incluam os Tribunais de Contas como um quarto poder, o chamado poder controlador.

Salienta-se que este órgão, a desempenhar um papel de poder controlador, necessita de autonomia, independência, bem como ser livre de ingerência política para que bem exerça a função de controlar (CASTARDO, 2007).

É relevante assinalar que a CF/88 instituiu duas estruturas orgânicas, que embora não figurem formalmente como Poderes estatais, detêm características jurídicas inerentes à condição de Poder: o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Ambos são titulares de competências próprias insuprimíveis e foram instituídos com autonomia em face dos demais poderes. As atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas não podem ser exercitadas senão por eles próprios. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento independente e o controle sobre os outros poderes. Todos os elementos que caracterizam a existência de um “poder” estão presentes na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas (JUSTEN FILHO, 2012).

Deixando a análise em relação ao *Parquet* e limitando-se ao foco do presente trabalho, que é o Tribunal de Contas, sob o prisma jurídico, deve-se reconhecer a necessidade da alteração constitucional para que se constitua a existência formal desse quarto Poder.

A redação do art. 2º da CF/88 não é obstáculo a essa conclusão. A interpretação jurídica permite superar o aparente conflito. A afirmativa da existência de três poderes não significa negar a decisão constitucional de assegurar ao Tribunal de Contas o regime jurídico próprio de um Poder (JUSTEN FILHO, 2012).

Inclusive Ricardo Marcondes Martins empreende crítica à falta de associação da teoria de Montesquieu ao direito positivo, pois afirma tratar-se de uma teoria filosófica, com intuítos

políticos, que não descreve um direito positivo e, assim, não é científica, não consistindo na análise de uma realidade (MARTINS, 2008).

Nesse sentido, seria absolutamente inapropriado tomar as descrições dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, efetuadas por Montesquieu, como corretas descrições do direito positivo vigente, sendo “óbvio que muitas das enunciações de Montesquieu são totalmente impertinentes ao direito positivo brasileiro” (MARTINS, 2008, p. 41-42).

Percebe-se que ao se utilizar a mesma denominação proposta pelo filósofo francês, o ordenamento jurídico brasileiro adota um critério material de separação de funções: função legislativa, função administrativa e função jurisdicional.

Celso Antônio Bandeira de Mello explana que essa trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica (MELLO, 2007).

Concernente à essa divisão de funções, discorda Oswaldo Aranha Bandeira de Mello da trilogia, já que para ele entre as funções fundamentais do Estado-poder a classificação seria dupla: administrativa e jurisdicional.

Para o autor acima a ação legislativa e a executiva correspondem a duas expressões distintas de uma mesma faculdade do Estado-poder – qual seja: “de realização ou integração da ordem social” (MELLO, 2010, p. 50).

Explica Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que engloba preocupação similar, de criar novas utilidades sociais e melhorar as existentes, através de normas jurídicas que as dispõem, ou atos jurídicos que as concretizam, e atos materiais complementares. Consideram, na verdade, “os fins utilitários do Estado-poder, de gerência de seus negócios, mediante programa de ação e sua efetivação; e, por isso, se pode denominar, dita função de administrativa” (MELLO, 2008, p. 50).

É possível (e, mesmo, desejável) que a estrutura do Estado seja futuramente acrescida de outros órgãos dotados de autonomia, para o exercício de funções estatais que muitas vezes nem existiam à época do surgimento da concepção da separação de poderes, mas que, desenvolvendo-se posteriormente, acabaram sendo acumuladas por um dos poderes tradicionais (JUSTEN FILHO, 2012).

De fato, os Tribunais de Contas são um instrumento necessário para a satisfação do retorno dos tributos, pois ao Poder Legislativo também compete fiscalizar as finanças públicas, entretanto a sua atividade típica é a de editar normas gerais e abstratas

(CASTARDO, 2007), o que demonstra que transformar as Cortes de Contas em quarto Poder não atingiria o núcleo da função daquele, o que é vedado pela Constituição Federal.

Com efeito, essa vedação, sim, é imutável, pois entende-se que o claro propósito ideológico da separação dos poderes é impedir a concentração de poderes e preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes (MELLO, 2007).

Nessa trilha, o órgão de controle deve funcionar fora do controle dos três poderes tradicionais, autorizado a tomar decisões autônomas sem cumprir determinações de cargos eletivos e sem a revisão deles; ter autonomia para praticar seus atos sem ingerência de partidos políticos; suas decisões devem ser técnicas, construídas por especialistas sem as considerações políticas (CASTARDO, 2007).

Ademais, salienta o autor:

Conclui-se, portanto, que a Emenda Constitucional instituindo o Tribunal de Contas como um “quarto Poder”, apresenta-se como meio eficaz ao combate a má aplicação do dinheiro, melhor cuidado do patrimônio público, alcançando qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, administre patrimônio, dinheiro, bens e valores públicos e mais comumente aqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário público, com autonomia e independência (CASTARDO, 2007, p. 148).

O que se almeja é a satisfação dos direitos fundamentais, sendo que os recursos públicos são hábeis para tanto, afinal os direitos têm custos. Portanto, a fiscalização é o meio para a realização dessa boa aplicação do dinheiro público e da autonomia e da independência do órgão controlador, transformando-o em um poder autônomo e blindado, na medida do possível, das interferências políticas, mostra-se um mecanismo importante nessa busca.

5.5 MELHORIA NAS AUDITORIAS

Outro ponto que merece ser explorado se refere aos meios de atuação dos Tribunais de Contas, as auditorias, que merecem destaque por carecerem de melhoras para o alcance dos objetivos das Cortes de Contas na busca da concretização do direito fundamental à boa administração pública.

As auditorias vêm sendo desenvolvidas sobremaneira, afastando-se somente de seu cunho punitivo para assentar-se na recente noção de prestação de um serviço indispensável à sociedade e, mais diretamente, à própria Administração, por meio da identificação de erros e dificuldades nos sistemas de controle, propiciando a adoção de medidas imediatas voltadas a sua melhoria e aperfeiçoamento (GUERRA, 2012).

O foco atual das auditorias realizadas pelas Cortes de Contas supera, portanto, o aspecto de instrumento exclusivo de punição, passando a propiciar realmente o aperfeiçoamento dos serviços públicos que ao final serão prestados.

5.5.1 Auditorias concomitantes

Analisando-se os meios de atuação dos Tribunais de Contas, observa-se que existe a oportunidade de exarar determinações simultâneas ao desenrolar do processo licitatório, no caso do controle concomitante, visando a aprimorar um processo que está se desenvolvendo. Nesse momento, há uma atuação preventiva, o que torna sua ação muito mais eficaz (ZYMLER, 2012).

Além do que, em hipóteses excepcionais, podem as Cortes de Contas adotar medidas urgentes e imprescindíveis visando a evitar a consumação de atos ilegais ou contrários ao interesse público:

Finalmente, deve-se ressaltar que foi comprovada a principal vantagem do acompanhamento concomitante da execução dos contratos, qual seja, a possibilidade de serem prontamente adotadas as medidas porventura necessárias. Nesse sentido, cumpre registrar a realização de auditorias em decorrência de propostas formuladas por equipes técnicas que detectaram a existência de falhas nessa execução e adoção de medidas cautelares (ZYMLER, 2012, p. 224).

Por outro lado, o controle concomitante, apesar de oferecer inegáveis vantagens, pode dar margem à ocorrência de um grave problema para a gestão pública eficaz, qual seja, a procrastinação do encerramento de um processo que deve ser o mais célere possível devido aos relevantes interesses políticos, sociais e econômicos envolvidos (ZYMLER, 2012).

Dessa forma, o controle concomitante, se não for muito bem elaborado e ágil, pode provocar prejuízos consideráveis aos agentes econômicos, aos usuários dos serviços públicos e ao erário.

Durante a execução contratual, controlada por meio de auditorias e inspeções, além do exame de documentos e relatórios, os Tribunais de Contas avaliam o cumprimento de cláusulas contratuais, a qualidade do serviço prestado e a efetiva realização dos investimentos previstos, bem como, especificamente em relação à qualidade do serviço, são avaliadas a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança e a atualidade na sua prestação (ZYMLER, 2012).

Vislumbra-se que um controle concomitante realizado de forma ágil e completa seria o ideal, porém o controle posterior, apesar de apresentar desvantagens e menor eficácia, é adotado tendo em vista a impossibilidade física de serem realizadas auditorias permanentes

direcionadas para o acompanhamento de todos os passos da execução de todos os contratos públicos realizados.

Dessa forma, como já antes explanado, as outras formas de controle devem caminhar juntamente com a realização do controle concomitante, apesar de inegável que este último consiga, quando for o caso, de maneira muito mais eficaz, corrigir um ato equivocando do gestor a tempo.

Nesses termos, é imprescindível que haja um desenvolvimento do controle concomitante, seja com uma melhoria de planejamento pelas Cortes de Contas, seja com uma realização conjunta de auditorias concomitantes e outros instrumentos de controle, para que cada vez mais consiga atingir um maior número de ações.

5.5.2 Auditorias de resultado: auditoria operacional

Entre os aspectos analisados no controle, seja em qualquer dos momentos possíveis, verifica-se que além das fiscalizações voltadas para a análise da legalidade e da regularidade dos aspectos jurídicos formais, compete aos Tribunais de Contas o exame dos resultados alcançados pela Administração no exercício de sua missão institucional.

Esse tipo de auditoria pode ser chamada de auditoria operacional⁶⁹ e é definida por Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt (2000) como sendo a modalidade que tem por finalidade analisar a ação da organização ou a atividade auditada quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e economicidade.

Essas auditorias podem ser entendidas como um processo de avaliação do desempenho real, em confronto com o esperado, o que leva, inevitavelmente, à apresentação de recomendações destinadas a melhorar e aumentar o êxito da Administração.

Torna-se evidente que o controle da arrecadação e dos gastos públicos não se satisfaz apenas pelo prisma da legalidade. Forçoso é, portanto, o devido entrelaçamento dos modelos preexistentes de controle com a avaliação da gestão dos recursos públicos, tanto em relação à eficiência e economicidade, como em relação à eficácia das operações, atividades e

⁶⁹ Inaldo da Paixão Santos Araújo (2001) relaciona as seguintes terminologias mais utilizadas para caracterizar a Auditoria Operacional: auditoria abrangente; auditoria administrativa; auditoria de operações; auditoria de amplo escopo; auditoria de avaliação e revisão; auditoria de conformidade; auditoria de custo-benefício; auditoria de economia e eficiência; auditoria de eficácia ou de resultados; auditoria de efetividade; auditoria de gestão; auditoria de otimização de recursos; auditoria de performance; auditoria de performance; auditoria de funcionamento; auditoria gerencial.

programas governamentais, o que tem por supedâneo o desenvolvimento dos sistemas de auditoria (GUERRA, 2012).

Frisa-se isso, pois a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se tiver integrada à avaliação do desempenho da Administração Pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos, não bastando, portanto, honestidade e boas intenções para validar atos administrativos (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

Nesse sentido, o artigo 71, IV, da Constituição Federal expressamente conferiu ao Tribunal competência para realizar auditoria de natureza operacional, cujo objeto, como já explicado, inclui a verificação da conformidade dos resultados obtidos pelo órgão ou pela entidade auditada com os respectivos objetivos institucionais fixados em lei, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia (ZYMLER; ALMEIDA, 2008).

Citado entendimento ganhou ainda mais força com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que consagrou o princípio da eficiência em decorrência do qual:

[...] a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 2005, p. 90).

Cumprir a observação de Marcelo Harger no sentido de que o princípio sob comento restringiu a amplitude da competência discricionária desses gestores. Afinal, agora, eles não podem mais optar livremente entre as várias opções permitidas pela lei, mas devem obrigatoriamente sopesar qual é a solução mais adequada aos interesses públicos, no sentido de ser a solução mais eficiente (HARGER, 1999).

Para aperfeiçoar a busca desses objetivos, revela-se absolutamente necessário o intercâmbio técnico entre os diversos profissionais e entidades associativas ligadas ao controle, como garantia de uniformização dos procedimentos, de troca e multiplicação dos conhecimentos inerentes.

Nessa esteira, importa salientar as experiências implementadas no Brasil pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), que, mediante convênios firmados junto ao Ministério do Trabalho e Emprego e utilizando-se de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador, procedeu treinamento da maioria dos servidores dos diversos Tribunais de Contas brasileiros, promovendo um evidente aperfeiçoamento nas técnicas de controle (GUERRA, 2012).

Sem embargo, demais organismos internacionais como a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), vêm contribuindo constantemente para a

promoção e o aperfeiçoamento do controle, sobretudo com a organização de eventos internacionais, em que são discutidos os problemas e propostas de soluções para a melhoria das técnicas de fiscalização (GUERRA, 2012).

A realização de Auditoria Operacional é uma das metas consideradas prioritárias no Tribunal de Contas da União, principalmente no que se refere aos aspectos de economicidade e menor custo, com qualidade, eficiência, bom uso dos recursos e de aprimoramento das práticas (TONET, 2011).

O grande ganho da auditoria focada em desempenho e resultado é o caráter qualitativo gerado na comunidade de verificar se as suas necessidades foram realmente satisfeitas.

Helena Correa Tonet (2011), abordando sobre as auditorias operacionais, relata que na área de educação, por exemplo, a verificação não reside em relação à construção de escola e, sim, em verificar a efetividade, se aquela comunidade de mil pessoas foi realmente alfabetizada, pois, é prática corriqueira a construção de escolas sem contratação e formação de professores ou outras deficiências que impedem a alfabetização:

O ciclo das auditorias operacionais. Primeiro: O processo público. Seleção da área objeto da auditoria. Segundo: Planejamento. Nós gastamos, nesta modalidade de auditoria um tempo, planejando com a participação, inclusive, dos gestores daquele programa ou órgão, aquele que está sendo objeto da auditoria. Três: Execução. Quatro: Análise de dados e informações. Comentário do gestor. Apreciação pelo Pleno. Divulgação dos resultados. Monitoramento (TONET, 2011, p. 171).

Salienta-se que o monitoramento é fundamental, pois é o momento em que é pactuado um Plano de Ação com o gestor e, nesse caso, não é algo imposto, como ocorre nas auditorias de legalidade, ouvindo-se do gestor o que é possível fazer para implementar aquela recomendação do Tribunal de Contas e, com base nisso, define-se o prazo para cumprimento das medidas acordadas (TONET, 2011).

Entre as finalidades almejadas na atuação das Corte de Contas, apura-se o incremento da eficiência e observância de todos os demais princípios regentes da Administração Pública, o aumento da transparência e da confiabilidade, a preservação do legítimo interesse público e com esse foco os Tribunais de Contas desempenham um papel normatizador e pedagógico (ZYMLER, 2012).

O autor acima ainda acrescenta:

Outra constatação relevante diz respeito ao interesse que as fiscalizações do TCU despertaram no Congresso Nacional. Observou-se que o Parlamento tanto solicita a realização de auditorias quanto pleiteia informações sobre fiscalizações realizadas pela Corte de Contas por iniciativa própria. Assim sendo, comprovou-se que o Tribunal efetivamente exercita sua competência institucional de auxiliar o Congresso em matéria de controle externo (ZYMLER, 2012, p. 224).

Enfrentam-se, na Administração Pública, discussões em áreas complexas, como escolas e universidades, hospitais, cooperação técnica nacional, licitações, tecnologia da informação, folha de pagamento, obras; em cada uma dessas áreas, percebe-se que o governo tem aprendido, muitas vezes, graças à atuação do órgão de controle externo (AGUIAR, 2011).

É nesse leque de áreas complexas que surge a necessidade de um equilíbrio entre as auditorias de conformidade e as auditorias operacionais, porque precisa-se de ambas, mas com senso de proporção adequado a cada setor.

Outro ponto importante é o estabelecimento de prioridades. A amostragem e a seletividade são fundamentais nas auditorias, não sendo viável intentar ser exaustivo, pois caí-se em um absoluto descolamento da realidade do País. Esse processo de hierarquização de prioridades envolve sofisticada experiência de gestão, não só experiência técnica.

Como ressalta Francisco Viana (2011), não necessariamente quer-se dizer que há que se desenvolver um novo sistema de auditoria, mas sim um novo modo de importar os dados necessários de maneira eficiente, rever os processos de auditoria inclusive em relação à prova documental.

A possibilidade de consulta on-line, por meio de um convênio, por exemplo, de todas as notas fiscais que viriam a ser emitidas por um determinado fornecedor, podendo-se resgatar caso seja necessário todas essas notas para ver o comportamento de fornecimento dessa empresa sem ter que ir até a referida (VIANA, 2011) ou mesmo requisitar quaisquer documentos, já agiliza o processo de fiscalização ao passo que dá segurança à fidedignidade da documentação.

Outro exemplo já ocorrido em relação ao TCU é em relação às obras públicas, pois, a fim de sistematizar e padronizar as informações acerca da fiscalização de obras públicas prestadas ao Congresso Nacional, a partir de 1998, o TCU desenvolveu um sistema informatizado conhecido como FISCOBRAS⁷⁰.

O objeto principal desse sistema seria fornecer ao Congresso Nacional informações recentes sobre a execução físico-financeira das obras constantes dos orçamentos fiscal, da seguridade social e de investimentos estatais, inclusive em meio magnético. Essas informações visam a subsidiar a apreciação pelo Poder Legislativo da proposta orçamentária do Executivo do exercício seguinte, criando condições para uma avaliação mais criteriosa da alocação dos recursos públicos em obras (PORTARIA-TCU nº 112, de 15 de abril de 2004).

⁷⁰ Todas as fiscalizações das obras públicas contam com a participação das Secretarias de Controle Externo do Tribunal (SECEXs). A partir de 2001 foi instalada a Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (SECOB), que ficou responsável pela coordenação da sistemática de fiscalização e apoio técnico às SECEXs.

Dentro desse contexto de auditorias voltadas ao papel concretizador de direitos fundamentais das Cortes de Contas, vale mencionar ainda outro avanço do Tribunal de Contas da União na busca de uma boa administração pública: o controle das violações ao meio ambiente⁷¹.

Percebendo a necessidade de atenção com as questões ambientais, o TCU, no ano de 1996, incluiu em sua agenda de controle externo a chamada auditoria ambiental, que procurou desenvolver trabalhos de auditorias em entidades e órgãos públicos sob a ótica do impacto ambiental que suas atividades possam ter.

Nesse sentido, em 1996, foram assinados acordos de cooperação com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA e a Universidade Livre do Meio Ambiente – UNILIVRE, com vistas à capacitação de pessoal e à realização de trabalhos conjuntos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 1996).

Nota-se, então, que em se tratando da eficácia do controle externo, a atuação do TCU, no seu viés ordinário, tem-se mantido, de certa maneira, positiva, já que há uma convergência de instrumentos afinados para um efetivo controle externo pelo Tribunal.

A tendência tem sido a busca pela qualificação dos mecanismos de controle que detém a Corte, ampliando o entrosamento com a sociedade civil, bem como se valendo das ferramentas tecnológicas oferecidas pela modernidade (CABRAL, 2014).

As ações de controle precisam ser pontuais, qualitativas, não somente quantitativas. Considerando-se que os recursos materiais e humanos à disposição da fiscalização são extremamente limitados em relação ao universo de atos administrativos a ela sujeitos, impõe-se, como solução óbvia, que as inspeções e auditorias sejam direcionadas de acordo com critérios de materialidade, risco e relevância (COELHO, 2010).

Nesse quadro, torna-se evidente que dentre as melhorias possíveis nas ações dos Tribunais de Contas encontram-se o desenvolvimento e a melhoria tanto tecnológica quanto de estratégias das auditorias concomitantes e das auditorias operacionais, principalmente destas últimas que ainda sequer foram iniciadas em todos os Tribunais de Contas pelo país.

⁷¹ “Não é possível atestar a legalidade e legitimidade do uso de recursos e empreendimentos públicos, se a destinação destes resultar em um dano ambiental. Visto que o meio ambiente é considerado como patrimônio público, é obrigatória a análise dos atos trazidos aos Tribunais de Contas sob critérios de direito ambiental” (BARROS FILHO, 2009, p. 85-95).

5.6 ESCOLHA DOS MEMBROS

Os Tribunais de Contas no Brasil são compostos por corpos especiais, integrados por ministros (ou conselheiros, no caso dos estados e municípios), procuradores e auditores, que participam do processo de deliberação da instituição, da condução dos processos e da produção de decisões.

A instrução dos processos está a cargo do corpo técnico, dos auditores de controle externo, composto por especialistas das várias áreas de conhecimento (SPECK, 2002).

Um dos fatores centrais para garantir que os Tribunais de Contas possam cumprir seu papel de forma independente e qualificada é a forma de recrutamento dos integrantes e as garantias vinculadas aos cargos (SPECK, 2002).

Quando se fala em fortalecimento do controle realizado pelos Tribunais de Contas, logo remete-se ao tema do recrutamento dos membros e acredita-se que expressivo aprimoramento pode ser obtido mediante avanço jurisprudencial que perfilhe escrutínio mais rígido a respeito dos requisitos constitucionais exigidos para o provimento daqueles cargos (WILLEMAN, 2017).

Ao se escrutinar os requisitos previstos no artigo 73 da Constituição Federal, vislumbra-se que, além do fato de exigir nacionalidade e idade, impõe-se idoneidade moral e reputação ilibada, fato este que, apesar de carecer de critérios objetivos, já deve excluir aqueles servidores ou agente políticos que se encontram envolvidos em situações de improbidade administrativa ou similares.

Prosseguindo nesse escrutínio, quando o mesmo artigo prevê notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de Administração, está protegendo o perfil institucional das Cortes, pois tornam-se imprescindíveis conhecimentos nas respectivas áreas para a tomada de decisões da Instituição; e, por último, a exigência do tempo de experiência também reflete na qualidade das decisões que serão tomadas com base em longo contato concreto com as áreas que serão analisadas.

Como aprimoramento dessa seleção dos membros dos Tribunais de Contas, primeiramente se dirige a aposta à contribuição do Poder Judiciário em relação à aplicação dos requisitos constitucionais, visto que citada contribuição decorre da ausência de perspectiva quanto a iniciativas legislativas que busquem refletir, com profundidade, sobre o modelo de composição das Cortes de Contas.

No que tange às proposições legislativas versando sobre o tema, acabam elas recorrendo sempre à fórmula do concurso público como alternativa mais adequada para evitar

a excessiva politização dos órgãos de controle externo, sem, contudo, amadurecer a reflexão em torno do seu perfil institucional (WILLEMAN, 2017).

Salienta-se que, já nos trabalhos da Assembleia Constituinte, um dos pontos altos nos trabalhos concernia ao Tribunal de Contas da União e referiu-se especificamente à escolha e garantia da vitaliciedade de seus membros.

Relembra-se que o constituinte Jessé Freire, em debate aberto, manifestou-se no sentido de alterar os critérios de escolha dos Ministros do TCU, sugerindo que ela recaísse sobre cidadãos maiores de 35 anos, com notório saber jurídico, de finanças ou econômico, mas que fossem aprovados em concurso público de provas e títulos, justificando que essa exigência giraria em torno da garantia da autonomia e independência dos Ministros:

Acho fundamental que os membros do Tribunal Federal de Contas tenham a independência e autonomia necessária, através de concurso público e de critérios objetivos – e não subjetivos, para que esses senhores tenham condições, então, de, com autoridade, com vigilância, com total independência, exercer suas funções. Não quero dizer absolutamente que atualmente isso não exista; acredito que sim, mas apenas, com toda a certeza, é através do concurso público que conseguiremos uma maior nitidez da atuação do Tribunal de Contas e de seus membros. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira. Ata da 9ª Reunião Ordinária (14/05/87). Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987-1988, p. 65-66).

Frisa-se que o perfil institucional das Cortes de Contas deve contar com julgadores capacitados, tanto tecnicamente quanto politicamente, ainda que não se tratem de todos os seus membros. Aliás, nem deve se tratar, precisando sempre ocorrer uma pluralidade no perfil dos julgadores, pois lida-se com questões que necessitam de experiência de gestão tanto quanto de experiência técnica.

Causa certo incômodo o critério de escolha dos membros da Corte, pois a forte vinculação das escolhas, atreladas a critérios de cunho mais político do que técnico, tem servido muitas vezes como um local para apadrinhamentos e agradecimentos políticos (CABRAL, 2017).

Essa vinculação política infelizmente ocorre apesar do esforço constitucional em despolitizar o órgão, trazendo garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens semelhantes às do Superior Tribunal de Justiça, além de estabelecer que as decisões são colegiadas nos Tribunais de Contas brasileiros, em mais uma tentativa para desvincular o Tribunal de critérios políticos e evitar que eventuais vínculos ou afinidades políticas dos ministros/conselheiros tenham influência sobre a fiscalização das contas (SPECK, 2002).

Não se obriga que se pense em concurso público para todas as posições como a solução mais adequada. A gestão de uma instituição do porte e da relevância dos Tribunais de

Contas necessitam de uma pluralidade em sua composição que não reproduza simplesmente conhecimentos puramente técnicos, entretanto “o desenho institucional conferido à escolha dos Ministros, alinhado à forma como vem sendo aplicado, tem tornado muitas vezes de duvidosa legitimidade, salvo exceções, a formação do corpo deliberativo” (CABRAL, 2017, p. 173).

A partir dessa análise, reflete-se sobre a possibilidade de mesclar-se a composição dos membros julgadores entre concursados, que deveriam ser maioria, e indicados, tal como ocorre em relação à composição dos Tribunais de Justiça com a existência do chamado "quinto constitucional", pois, atualmente, utilizando-se como exemplo os Tribunais de Contas dos Estados, dos sete conselheiros, existe somente uma vaga decorrente de Auditores dos Tribunais de Contas ou Procuradores do Ministério Público de Contas que representa indicação de concursados.

Neste trabalho, a reflexão seria no sentido de, além dessa vaga específica, ainda abrirem concursos para preencher outras três vagas específicas para Conselheiros, restando três para indicações políticas do governador e assembleia legislativa, o que aumentaria a pluralidade nas decisões e diminuiria os conluios de partidos políticos que podem vir a se formar dentro das Cortes de Contas.

Outra reflexão reside no fato de os Auditores do Corpo Especial, também chamados de substitutos de Conselheiros ou Ministros, que são em sua totalidade concursados, participarem mais ativamente das decisões, havendo uma reformulação das suas funções de maneira que as decisões não se encontrem concentradas somente na mão de indicados políticos.

Nesse sentido, lembra-se que, no início da elaboração do texto constitucional, os Tribunais de Contas seriam formados com 3 vagas destinadas aos auditores substitutos de Conselheiros/Ministros, sendo reduzido para a atual uma vaga destinada a esses cargos (RAMIRES; ROCHA NETO, 2015).

Sabrina Nunes Iocken (2014) também critica o ingresso majoritário de pessoas desvinculadas às carreiras técnicas nos cargos de conselheiros/ministros. Afirma que a aludida desproporcionalidade compromete o requisito da confiabilidade quanto ao julgamento imparcial.

Nessa seara, as críticas ao atual modelo de controle não permaneceram apenas na seara doutrinária. Os congressistas têm proposto diversas emendas constitucionais⁷² ao longo dos anos no intuito de modificar, aprimorar ou extinguir as Cortes de Contas. Os autores da PEC nº 329/2013⁷³, por exemplo, informam na justificativa que “25% dos membros dos Tribunais de Contas estaduais não possuem a formação adequada para exercer a função”. Sem contar que “o problema mais grave, porém, é o estreito vínculo mantido e cultivado entre muitos dos membros nomeados para essas Cortes e as forças políticas responsáveis pelas suas nomeações” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificativa da Proposta de Emenda à Constituição nº 329/2013).

Para Marianna Willeman (2017), ainda no campo dos avanços que podem ser produzidos a partir de revisões jurisprudenciais, destacam-se as incertezas atinentes à posição institucional do Ministério Público de Contas – posição esta fortemente marcada por contradições e paradoxos – e a deficiência na capacidade de *enforcement* das decisões adotadas pelos Tribunais de Contas.

Para a autora, em ambos os casos citados, há sérias distorções geradas pela compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos assuntos, razão por que, uma vez mais, reforça-se a importância de os temas serem revisitados pela jurisdição constitucional.

Nesse ponto, ao contrário do que ocorre no ponto relativo ao recrutamento dos membros – em que ao *self-restraint* judicial somam-se as práticas patrimonialistas do

⁷² “PEC 442/1996 Critérios de nomeação dos ministros. PEC 556/1997 Critérios de nomeação dos ministros. PEC 19/1999 Extinção dos tribunais e conselho de contas dos municípios. PEC 39/1999 Transferência das atribuições dos tribunais e conselho de contas dos municípios para os tribunais de contas dos estados. PEC 50/1999 Critérios de nomeação dos ministros. PEC 123/1999 Critérios de nomeação dos ministros. PEC 11/2000 Nomeação de auditor para ministro. PEC 25/2000 Faculdade de nomear membros das cortes de contas estaduais e municipais mediante concurso público. PEC 192/2000 Extinção dos tribunais de contas municipais e das cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. PEC 193/2000 Extinção dos tribunais de contas da União, dos estados e dos municípios. Criação da Auditoria-Geral da União. PEC 293/2000 Mandato dos conselheiros. PEC 329/2001 Extinção dos tribunais de contas da União, dos estados e dos municípios. Criação da Comissão Mista Permanente no Congresso Nacional” (ROCHA, 2002, p. 39-41).

⁷³ A PEC nº 329/2013 propõe que os Tribunais de Contas dos Estados continuem a ser integrados por sete conselheiros, mas com a forma de escolha alterada, na seguinte ordem: I. 1 (um) eleito pela classe dentre os Auditores de Controle Externo do Tribunal que tenham sido nomeados em decorrência de concurso público há pelo menos 10 anos; II. 1 (um) eleito pela classe dentre os membros vitalícios do Ministério Público de Contas; III. 1 (um) eleito, alternadamente, pelos conselhos profissionais das ciências previstas no art. 73, § 1º, III, para mandato de quatro anos; IV. 4 (quatro) eleitos pela classe dentre os Auditores Substitutos de Conselheiro vitalícios. Ao restringir a escolha de quatro conselheiros aos Auditores Substitutos de Conselheiro, uma dentre os Auditores de Controle Externo e uma destinada aos membros do Ministério Público de Contas, os congressistas buscam restringir a liberdade das Assembleias Legislativas e do Governador. Ao mesmo tempo, privilegiam as carreiras cujo ingresso ocorre por meio do concurso público. Já o membro proveniente dos conselhos de classe destina-se a fazer as vezes de representantes da sociedade, com mandatos de quatro anos (RAMIRES; ROCHA NETO, 2015).

ambiente político -, a inibição para a maior efetividade da *accountability* decorre diretamente da interpretação constitucional (WILLEMANN, 2017).

A intenção é que o recrutamento dos membros seja o mais plural possível para que as decisões combinem aspectos técnicos e políticos tanto quanto necessário para que sejam tomadas decisões acertadas em relação à Administração Pública e permita que toda a estrutura e função do Tribunal de Contas sirva para concretizar o direito fundamental à boa administração pública.

5.7 CONSELHO NACIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Rubens Naves (2014), ao escrever o artigo “Quem controla o controlador”, expôs a sua preocupação com o órgão da Administração Pública fiscalizador.

De fato, tramita no Congresso Nacional a criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, espelhada no exemplo do Poder Judiciário e Ministério Público que são fiscalizados por Conselhos semelhantes.

Atualmente, há três propostas de Emenda Constitucional (PEC): a de número 28/2007, de iniciativa do Deputado Vital do Rêgo Filho; a 146/2007⁷⁴, de iniciativa do Deputado

⁷⁴ Em relação às competências do CNTC, propõe: PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 146, DE 2007. Dá nova redação ao art. 75 da Constituição Federal e cria o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas. Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 75-A: Art. 75 - A. O Conselho Nacional dos Tribunais de Contas compõe-se de treze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I - dois Ministros do Tribunal de Contas da União, indicados pelo respectivo tribunal; II - dois Conselheiros de Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, de Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, indicados pelo Tribunal de Contas da União; III - dois membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, indicados pelo Procurador-Geral do respectivo Ministério Público; IV - um membro do Ministério Público junto a Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, de Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, indicado pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União; V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - dois contadores, indicados pelo Conselho Federal de Contabilidade; VII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas em lei complementar: I- zelar pelo cumprimento das normas constitucionais e legais atinentes à atividade de controle e fiscalização da Administração Pública, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos dos Tribunais de Contas, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Poder Judiciário; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, inclusive contra seus serviços auxiliares e Ministério Público, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais e das atribuições do Poder Judiciário, podendo avocar processos disciplinares em curso e aplicar sanções administrativas, assegurada ampla defesa; V -

Jackson Barreto, e a de nº 30/2007, do Senado Federal. Todas estão em tramitação no Congresso Nacional (MOTA; NONATO, 2012).

Essas três propostas⁷⁵ contemplam as atribuições básicas do Conselho de controlar a atuação administrativa e financeira das Cortes de Contas, de controlar os deveres funcionais dos membros da Corte de Contas e de representar ao Ministério Público (MOTA; NONATO, 2012).

Caso seja aprovada a criação, o CNTC visará ao resgate da “confiança e a credibilidade das Cortes de Contas” tão ultrajadas pelos comportamentos inadequados e antiéticos de seus representantes e envoltas pela cooptação da vontade política, em total descrédito dos seus ideais. A nova instituição terá como encargo exercer o controle sobre a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU), dos estados, dos municípios e do Distrito Federal (RÊGO FILHO, 2011, p. 4).

Ao se falar nessa criação, surge um debate a respeito de que seria apenas mais um "cabide de emprego" com diversos membros, diretores e funcionários com salários exorbitantes e uma estrutura onerosa (SOUTO, 2011).

Houve então preocupação, nas referidas PECs, por parte do Congresso, de enxugar o respectivo Conselho, criando a menor estrutura possível, mas que garantisse representatividade necessária, algo que não acabe por se tornar maior que os próprios Tribunais de Contas (SOUTO, 2011), porém que seja capaz de cumprir a função para a qual foi criado.

Ao se compararem os aspectos do Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas, observa-se que conceitualmente cabe ao Ministério Público a defesa da ordem

representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; § 5º O Ministro do Tribunal de Contas da União não eleito para a Presidência do Conselho exercerá a função de Ministro-Corregedor, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas em lei complementar, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros de Tribunais de Contas, Ministério Público a eles vinculados e seus serviços auxiliares; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; § 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.” Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (MOTA; NONATO, 2012, p.103-104).

⁷⁵ As PECs em tramitação no Congresso Nacional estão em processo de análise e alterações já há algum tempo (em torno de seis anos!). Por exemplo, a PEC 28/2007 propõe, em seu texto substitutivo, a composição do CNTC com nove membros, a elaboração de uma lei orgânica nacional que “estabeleça o padrão mínimo de organização e funcionamento dos 34 Tribunais de Contas do Brasil, que fixará os critérios nacionais para indicação de ministros e conselheiros”, além de propor concurso público para membros do MPC – Ministério Público de Contas e “servidores ocupantes de cargo efetivo” e criação de rito processual por normas gerais da União. Por sua vez a PEC 30/2007, no Senado Federal, estabelece de forma mais agigantada e prolixa a composição do CNTC a partir de 17 membros, assim: formado por Ministros, Conselheiros, servidores indicados por entidades de classe, cidadãos indicados pela Câmara e Senado e profissionais indicados por 5 (cinco) Conselhos de Fiscalização Profissional, como os Conselhos Federais da Ordem dos Advogados, de Contabilidade, de Administração, de Economia e de Engenharia (MOTA, NONATO, 2012, p. 102-103).

jurídica, do estado democrático e dos interesses sociais e individuais. Por sua vez, o Poder Judiciário age em seu papel judicial de composição dos conflitos de interesse, em observância às normas constitucionais. Já os Tribunais de Contas exercem o controle externo, a cargo do Congresso Nacional ou das Assembleias, nos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal.

Assim, enquanto o Ministério Público tem a faculdade de iniciar as ações, não tem o poder judicante; o Poder Judiciário, por sua vez, só pode agir por provocação, porém nele encontra-se o poder judicante.

Similarmente ao Ministério Público, os Tribunais de Contas podem iniciar as ações, sendo esta a grande contribuição vinda da Constituição de 1988. Similarmente ao Poder Judiciário, os Tribunais de Contas têm o poder judicante⁷⁶ nos atos da sua competência.

Portanto, um Conselho Nacional das Cortes de Contas enfrentaria um enorme desafio, porque como demonstrado, as atribuições dos Tribunais de Contas são demasiadamente amplas, com características que se assemelham tanto às do Ministério Público quanto às do Poder Judiciário (SOUTO, 2011).

Também em similaridade com o Poder Judiciário e o Ministério Público, há necessidade de padronização de procedimentos e celeridade nos julgamentos dos Tribunais de Contas, além de o foco principal ser a eficácia na fiscalização de recursos públicos, no retorno da carga tributária suportada pela sociedade.

Nessa trilha, entende-se que se Ministério Público e Poder Judiciário possuem seus Conselhos e as atribuições dos Tribunais de Contas parecem ser tão ou mais complexas quanto as destes órgãos, demonstra-se a necessidade da criação de um Conselho de Contas.

Ademais, tratando-se de prazos, os processos requerem agilidade e eficiência, sendo o que se espera de órgãos de controle que inclusive fiscalizam tais características no gestor. Certamente é o que deveria ser cobrado quando da implantação do Conselho em questão, através de estatísticas sobre atos realizados pelos Tribunais de Contas do país, por unidades da federação, com o estabelecimento de metas para os processos e medidas amplas de transparência dos atos administrativos (SOUTO, 2011).

Também fiscaliza-se melhor a postura do servidor que analisa os processos, que deve ser no sentido de servir ao povo e não ao superior imediato. A postura do servidor deve ser de máxima transparência, publicidade dos papéis dos processos administrativos, acesso irrestrito

⁷⁶ Em relação ao poder judicante, já se explanou a posição deste trabalho de que os Tribunais de Contas possuem um poder judicante diferenciado, não como o que compete ao Poder Judiciário, tendo em vista que suas decisões podem ser revistas pelo Poder Judiciário em determinadas hipóteses, não constituindo coisa julgada.

do cidadão aos processos de controle externo e consciência de que o agente público é um braço do povo, verdadeiro soberano da República Federativa do Brasil (NAVARRO, 2011).

Outro fato relevante para que haja uma fiscalização dos Tribunais de Contas é em relação ao corpo técnico, pois para garantir a qualidade do trabalho de instrução dos processos, o corpo técnico deve ser selecionado segundo critérios de qualificação profissional.

Vale ressaltar que, em virtude da própria natureza das análises realizadas pelo corpo técnico, faz-se necessária a requisição de especialistas da própria Administração e até mesmo a contratação de profissionais de fora da instituição para determinados trabalhos especializados. Esse quadro, que se traduz em comissionados e terceirizados, é autorizado pela própria Constituição e compatível com a missão institucional dos Tribunais de Contas.

No entanto, os Conselhos de Contas impediriam que ocorressem desvirtuamentos, apadrinhamentos, trocas de favores políticos, nepotismos ou ainda que o número desses profissionais extrapolassem o razoável e acabassem ocorrendo desvios de funções ou irregularidades ao usurpar-se competências de outros profissionais.

Ademais, o Conselho de Contas fiscalizaria a realização de concursos públicos para que o quadro de efetivos estivesse de acordo com as recomendações constitucionais e legais.

Cabível ressaltar que, em que pese os avanços dos Tribunais, há inúmeros quesitos que ainda são problemáticos na sua atuação ordinária, a exemplo das falhas insistentes nas fiscalizações, que por vezes teimam em se manter vinculadas estritamente a critérios legalistas, esquecendo a ampliação constitucional trazida com a aferição da economicidade e eficiência (CABRAL, 2014).

Evidentemente essas fragilidades repercutem nos critérios de julgamento. Ainda são poucos os julgados que evocam a preocupação com parâmetros de eficiência ou custo-benefício. Não há ainda preocupação com a repercussão econômica das decisões, ou seja, seu impacto no nível de atividade de um determinado município e as externalidades que poderão advir do *decisum*. O “confortável” manto do estrito legalismo, do positivismo exacerbado, impede um critério de julgamento mais condizente com a realidade social, com os impactos econômicos e com o princípio da eficiência (NÓBREGA, 2008).

Se não bastasse, há um problema de inconsistência temporal. Muitas vezes há um enorme lapso entre a realização da despesa e a ação da auditoria, fazendo com que a informação revelada seja pouco útil, aumentando o custo relativo do controle (NÓBREGA, 2008).

Ademais, nota-se ainda a necessidade de uma atuação mais transparente do Tribunal, fornecendo ao público em geral informações atualizadas, bem como resgatando dados coletados em anos passados (CABRAL, 2014).

É necessário, no âmbito das Cortes de Contas brasileiras, promover um amplo processo de desburocratização e simplificação, com vistas a baratear e racionalizar a ação do controle. Uma possível “Lei Orgânica dos Tribunais de Contas” ou uma determinação vinda de um Conselho Nacional de Contas decerto poderia ajudar bastante (NÓBREGA, 2008).

No mesmo sentido, um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas seria um instrumento para uniformização de rotinas, transparência e *accountability* (NÓBREGA, 2008).

Vislumbra-se que o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas possibilitará a uniformização das decisões e avaliações de todo o sistema, avançando no sentido da transparência. Filho, autor da PEC 28/2007 (acrescenta o artigo 73-A à Carta Maior, que cria o CNTC), assim define sua criação: “um grande avanço no Brasil, pois será possível uniformizar as decisões dos tribunais e fazer avaliações de todo o sistema, agilizando o sistema de controle de contas no País e avançando no sentido da transparência” (HARADA, 2011, p. 98).

Aborda-se a necessidade de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas também ao se considerarem conhecidas patologias do quadro político brasileiro que eventualmente permeiam os corredores dos Tribunais de Contas. É o caso das atuais escolhas dos membros da Corte por critérios exclusivamente políticos e interesses particulares, escândalos de corrupção, omissões fiscalizatórias (CABRAL, 2014), falta de transparência no trâmite dos processos e sistemas utilizados, dentre outros.

Em sua pesquisa, Flávio Garcia Cabral aponta as características negativas do Tribunal de Contas da União que acabam sendo mantidas ao longo de 20 anos:

Por derradeiro, em apertada síntese pode-se elencar os principais, mas não únicos, pontos conclusivos obtidos por meio da presente pesquisa; a) a questão da transparência ainda se mostra tormentosa no TCU, tendo em vista que a Corte se esquece do passado, dificultando o acesso dos administrados a documentos e informações pertinentes aos primeiros anos pós 1988. Ademais, os próprios documentos deste período são pobres em dados, demonstrando que a sistematização, a clareza e a informação não constavam inicialmente entre as metas a serem alcançadas pelo Tribunal; b) o exercício da competência prevista no artigo 71, inciso I, da CF/88 tem sido mal utilizado, figurando como a grande mácula do Tribunal nestes quase 20 anos da Constituição brasileira de 1988; c) os atuais critérios constitucionais de seleção dos membros da Corte não conferem confiança para um legítimo exercício de suas funções em moldes republicanos, sendo que a intervenção política na sua escolha também persiste no desempenho das competências do Tribunal, em especial, como verificado, na apreciação anual das contas governamentais; d) o TCU tem primado pela sua atuação cotidiana, buscando

melhorias nos instrumentos de controle já existentes, tendo como principal mecanismo, mas não solitário nem autônomo, as fiscalizações; e) em uma visão geral, o TCU de 1989 muito se assemelha ao de 2010, nos termos da compreensão já expedida neste trabalho, havendo uma constância, tanto em seu aspecto positivo, como no negativo, da forma pela qual a instituição tem desempenhado determinadas atribuições (CABRAL, 2014, p. 286)

A criação de um CNTC possibilitará uma resposta aos anseios da sociedade quanto à melhor governança do setor público (SINDILEGIS, 2011), maior qualificação dos gestores públicos responsáveis pela arrecadação e aplicação dos recursos públicos originados do seio social e melhor controle e utilização dos artefatos técnicos à disposição das Cortes de Contas do Brasil, a fim de se otimizar a qualidade da gestão nacional e corrigir inúmeras máculas existentes hoje no comportamento institucional desses Tribunais.

5.8 OUTROS ASPECTOS: GESTÃO DE PESSOAS, PARCERIAS, TRANSPARÊNCIA E MODERNIZAÇÃO

Inúmeros são os aspectos a serem melhorados e reformados no âmbito das Cortes de Contas, mas procurou-se, neste trabalho, estabelecer alguns pontos dignos de nota que já possibilitariam garantir que esses órgãos sejam instrumentos para a concretização da boa administração pública. Acrescentam-se ainda alguns derradeiros quesitos.

Trata-se de condição *sine qua non* o fortalecimento da instituição Tribunal de Contas, mediante a divulgação de seus trabalhos e a capacitação constante de seu corpo técnico, elevando o nível de seus serviços, capaz, assim, de ser amplamente reconhecido e levar à conseqüente e necessária participação popular (GUERRA, 2012).

No XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em Belo Horizonte, abordou-se a questão da política de gestão de pessoas no controle externo, pois são as pessoas que viabilizam os resultados das organizações e para isso elas precisam querer ser efetivas e saber quando e como agir para alcançar esse objetivo.

Helena Correa Tonet, em palestra proferida no citado evento, salientou que se não existir um corpo de pessoas comprometidas, de nada adiantam dispositivos legais que digam que as organizações devem apresentar excelência naquilo que fazem (TONET, 2011).

Sem dúvida, a busca da efetividade passa necessariamente pelo desenvolvimento das competências técnicas dos servidores, sobretudo no que tange à assimilação dos procedimentos de revisão governamental orientados para resultados, como as auditorias de desempenho (COELHO, 2010).

Nesse viés, deve-se trabalhar a política de gestão de pessoas, que seria o elemento mais importante do tripé das estratégias de organização, quais sejam: processos de trabalho,

tecnologia e pessoas. Frisa-se que as pessoas possuem o conhecimento para melhor usar a tecnologia e para otimizar os processos de trabalho (TONET, 2011). Para que isso ocorra, precisam estar preparadas para o que fazem, alinhadas com os objetivos da organização e dispostas e motivadas para entregarem o seu saber.

A literatura comprova que existe, nas pessoas, muito conhecimento que elas não entregam para as organizações e só o fazem quando querem, então, para que existam pessoas alinhadas com o que os Tribunais de Contas precisam, deve-se ter políticas que facilitem esse processo e estimulem as pessoas a entregarem o seu saber para a instituição (TONET 2011).

Os Tribunais de Contas encomendaram pesquisa à Fundação Instituto de Administração (FIA-USP) no início de 2000, o que indicou que os recursos humanos dessas Cortes eram uma das cinco dimensões de obstáculos que os Tribunais enfrentavam, o que apontava um baixo envolvimento de comprometimento dos técnicos com aquilo que fazem (TONET, 2011).

Sabe-se que é mais simples ver um investimento em setores de tecnologia da informação ou em processos de trabalho do que em pessoas. Assim, a prática demonstra que se torna preferível, muitas vezes, investir nessas áreas e deixar de investir em políticas adequadas para a gestão de pessoas.

Em relação à capacitação, há grande volume de cursos de treinamento oferecidos pelo TCU aos seus servidores, ministrando em média 2,5 treinamentos por ano para cada servidor, investindo também em cursos de especialização, mestrado e doutorado (RIBEIRO, 2002). Porém, o autor critica que não há um foco organizacional e estratégico claro no oferecimento desses cursos, o que seria fundamental para um melhor desenvolvimento do serviço ali exercido.

O aspecto de pessoal do Tribunal de Contas se mostra pertinente, tendo em vista que, logicamente, um maior número de servidores qualificados é, em tese, capaz de promover um maior número de atividades concernentes aos objetivos da Corte (CABRAL, 2014).

A seleção e as condições de trabalho do corpo técnico são igualmente importantes para garantir uma boa atuação dos Tribunais de Contas. Um elemento-chave para garantir um trabalho de qualidade é o suprimento do corpo técnico com recursos humanos e materiais suficientes para cumprir as tarefas impostas à instituição (SPECK, 2002).

Por outro lado, alguns procedimentos de fiscalização, por sua abrangência ou especificidade, exigem a realização de planejamentos minudentes, para os quais o corpo técnico das Cortes de Contas pode não se encontrar suficientemente capacitado (COELHO,

2010), e frisa-se que por serem atividades esporádicas, não compensaria sua capacitação ou mesmo seu deslocamento das atividades normais para estas.

Em tais situações, o órgão de fiscalização, ao sopesar entre a relevância da ação de controle, seu grau de complexidade, o tempo disponível para efetivá-la e os custos envolvidos, pode eventualmente recorrer a especialistas e consultores externos, para auxiliá-lo no trabalho de planejamento (COELHO, 2010).

Igualmente, os acordos de cooperação técnica com órgãos e entidades públicas e privadas caracterizam importante instrumento de intercâmbio de conhecimentos, não apenas em relação à atividade-fim dos Tribunais de Contas, mas também ao domínio de suas atividades-meio, sobretudo, neste último caso, na área de tecnologia da informação (COELHO, 2010).

A despeito disso, não se pode desmerecer a modernização e as inovações tecnológicas para que se aprimore a própria gestão de pessoal. A título de exemplo, tem-se a evolução do TCE/MT, que iniciou no ano 2000 um processo de modernização, tendo iniciado elaborando plano estratégico com a definição de sua identidade organizacional para, nos anos seguintes (2002-2003), traçar objetivos e metas com ações voltadas para o aprimoramento do procedimento de auditoria, revisão geral das rotinas de trabalho e informatização do Programa de Modernização (VUOLO, 2011).

Traçando um resumo do que ocorreu no citado Tribunal, já nos anos de 2004 e 2005, o foco da modernização passou a ser a reestruturação organizacional, com ênfase na redefinição das competências institucionais de cada unidade de trabalho e no realinhamento do plano estratégico, com aprimoramento da identidade institucional e redefinição dos objetivos e metas (VUOLO, 2011).

No biênio de 2006-2008, iniciou-se a execução do novo plano com estratégias e metas baseadas no seguinte tripé: controle externo, que é função do Tribunal; controle interno, prática obrigatória desde a CF/88 para os gestores públicos; e controle social, exercido pela sociedade (VUOLO, 2011).

Ressalta-se que em 2008 foi realizada a primeira audiência pública sobre os resultados das políticas públicas do TCE/MT, na qual foram apresentadas informações relevantes e de interesse da sociedade civil organizada e, no primeiro semestre de 2009, junto com a Assembleia Legislativa, ocorreu audiência pública para debater o relatório de obras inacabadas da Secretaria de Educação e de Infraestrutura (VUOLO, 2001).

Já em relação aos avanços com o controle social, ampliou-se o programa Consciência Cidadã, que visita os municípios do interior do Estado e promove diálogo e debate,

esclarecendo dúvidas acerca das ações e da missão constitucional do Tribunal de Contas. Além de serem apresentadas as funções do órgão de controle externo, as consequências do julgamento das contas públicas sob sua competência, as informações do Portal do Cidadão (receita, despesa, políticas públicas, obras em execução, limites da LRF), a Ouvidoria, o Portal Transparência, além dos canais disponíveis para o cidadão estabelecerem um contato direto com a Corte de Contas para darem maior visibilidade aos atos e resultados do controle externo (VUOLO, 2011).

Verificou-se, do exemplo de modernização utilizado, que o número de denúncias e de acesso ao Portal do Cidadão, no mês subsequente à realização do evento Consciência Cidadã, aumentou significativamente e, ainda na linha de efetividade, o gibi do TCE/MT revelou-se uma ferramenta de elevado interesse pedagógico, sendo a peça institucional de maior destaque e interesse (VUOLO, 2011).

Apesar de as parcerias institucionais do TCE/MT terem se mostrado incapazes de proporcionar um controle de forma integrada e harmônica entre os órgãos de controle e o cruzamento de informações eletrônicas ainda engatinhando, as audiências públicas revelaram-se um instrumento importante no estabelecimento de ações estratégicas e de melhoria da gestão das políticas públicas, sendo uma oportunidade importante para o aperfeiçoamento da participação da sociedade (VUOLO, 2011).

Ao contrário da experiência pouco animadora do TCE/MT com o controle integrado, tem-se o exemplo satisfatório do TCE/PE, em especial por meio da “Operação Suíça”, trabalhada adiante, sem prejuízo da existência de diversas outras ações do TCE-PE que tem demonstrado a participação de outros órgãos de controle, confirmando a necessidade de uma atuação conjunta e integrada.

O sistema de combate à corrupção realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco consiste numa ação integrada entre os diversos órgãos de controle da moralidade na Administração Pública (BARRETO, 2012).

O trabalho integrado desses órgãos tem favorecido experiências pioneiras no combate à corrupção, como foi o caso da chamada “Operação Suíça”. Nessa ação de fiscalização e controle da Administração Pública, foram descobertas pelo Tribunal de Contas de Pernambuco 29 empresas com sede na cidade de Garanhuns e com atuação em 36 municípios pernambucanos, cinco baianos e em três do estado de Alagoas. Em parceria com o MPE, foi decretada a prisão de 10 acusados, o desvio de dinheiro público foi reprimido e as contas dos respectivos municípios foram rejeitadas pelo Tribunal de Contas (BARRETO, 2012).

Com a análise do material probatório e a ação conjunta dos diversos atores sociais envolvidos, Tribunal de Contas, Ministério Público Estadual, Secretaria da Fazenda do Estado, Polícia Militar, meios de comunicação e sobretudo o cidadão, que, mesmo anonimamente, forneceu informações fundamentais, foi possível reprimir o desvio de dinheiro público e estimular a utilização de um sistema de combate à corrupção (BARRETO, 2012).

Percebe-se que os Tribunais de Contas se modernizaram muito pela informatização dos seus procedimentos, pela implantação de auditorias de acompanhamento e de modernos meios para se fazer o controle preventivo, como a exigência aos seus jurisdicionados para disponibilizarem, em tempo real, por exemplo, todos os atos referentes à execução orçamentária das Unidades Gestoras (LORETO, 2011).

O caminho, contudo, ainda é longo, inclusive não sendo ainda possível realizar o que determina toda a legislação no campo de informatização e modernização.

Ilustra-se isso com a Lei Complementar nº 131/09, que veio reforçar a transparência da gestão fiscal, acrescentando dispositivos à LRF a fim de determinar a disponibilização em tempo real de informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira dos entes da Federação⁷⁷. De igual maneira, a Lei nº 12.527/11 regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas por qualquer pessoa sem a necessidade de se justificar⁷⁸ (VIEIRA, 2016).

Considerando o Índice Nacional de Transparência apresentado pelo Ministério Público Federal (2016), constata-se que a maioria dos entes da Federação e, em especial, os pequenos municípios não vêm cumprindo satisfatoriamente as exigências da Lei da Transparência (VIEIRA, 2016).

Diante disso, conclui-se que os sistemas adotados pela Administração devem ser objeto de constante aprimoramento pelo setor público e privado, bem como auditados pelos órgãos de controle governamentais para a verificação dos requisitos legais voltados para a promoção da transparência das contas públicas (VIEIRA, 2016).

⁷⁷ Há uma série de informações que obrigatoriamente devem ser divulgadas em tempo real, quais sejam, todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo administrativo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado (VIEIRA, 2016).

⁷⁸ De acordo com o Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios, o acesso às informações públicas possibilita uma participação ativa da sociedade no controle das ações governamentais, o que acarreta vários benefícios, tais como a prevenção da corrupção, o respeito aos direitos fundamentais, o fortalecimento da democracia, a melhoria da gestão pública e a melhoria do processo decisório (VIEIRA, 2016).

A publicidade funciona como um incentivo ao controle social ou democrático, ao aproximar o cidadão do processo de fiscalização, estimulando-o a acompanhar a gestão dos recursos públicos e a denunciar irregularidades (COELHO, 2010).

Os Tribunais de Contas podem e devem atuar como instrumentos de cidadania, exercendo um controle externo ágil e de qualidade e, ao mesmo tempo, disponibilizando ao cidadão informações e ferramentas úteis ao exercício do controle social, como estímulo à sua efetiva participação junto à administração pública, em parceria com o controle externo (RODRIGUES NETO, 2010).

Para serem reconhecidos como instrumentos de cidadania, os Tribunais de Contas devem facilitar ao cidadão o acesso à informação, criar canais de comunicação e orientação e, sobretudo, fortalecer o seu controle externo, assegurando respostas rápidas e efetivas aos anseios da população (RODRIGUES NETO, 2010).

6. CONCLUSÃO

Após a longa pesquisa bibliográfica, vislumbram-se que as conclusões obtidas se revestem de um significado importante, em vista da escassez de estudos sob a perspectiva da instrumentalização das Cortes de Contas na objetivação dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental à boa Administração Pública.

Assim, na primeira parte, o trabalho se propôs a analisar o conteúdo da boa administração pública e sua concepção no Direito brasileiro. Partiu-se inicialmente do resgate histórico da Administração Pública, que primordialmente era *ex parte principis* e, após as transformações vindas das revoluções liberais, passou-se para uma perspectiva *ex parte populi*.

Dessa premissa, de uma Administração Pública da perspectiva do povo, com a ideia de serviço público e da transformação do poder em instrumento para essa realização, instaura-se o Estado de Direito, pautado essencialmente pela legalidade (*rule of law*).

Nesse viés, partindo-se da legalidade, optou-se por esmiuçar os princípios encartados no artigo 37 da Constituição Federal bem como os princípios voltados ao interesse público: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público, com o intuito de apontá-los como reguladores das atividades do Estado, demonstrando que, com a presença desses princípios, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma abordagem que pode ser considerada mais completa que as constituições europeias, berços do direito à boa administração pública.

Ademais, entre os motivos pelos quais a Administração Pública precisa ter os princípios como reguladores e limitadores de suas atividades, encontra-se a proteção aos direitos fundamentais. Justamente por essa razão, trabalhou-se o conceito formal e material dessa espécie de direitos, também fazendo conexão com o conteúdo jurídico de uma boa administração pública, ilustrando-se como esta última está presente nos direitos fundamentais, tanto partindo-se de uma análise formal quanto material.

Compreendido em uma perspectiva formal, entende-se o direito fundamental à boa administração como uma série coordenada de princípios e outros direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, ainda que não se tenha, de maneira expressa em algum artigo do texto constitucional, a afirmação deste direito, como ocorre nas constituições europeias ou mesmo na Carta de Nice.

Há, pois, no Direito brasileiro esta série coordenada de princípios e direitos aplicados à Administração Pública, todos positivados no texto constitucional, os quais constituem o direito à boa administração pública.

Por outro lado, analisando-se por uma perspectiva material dos direitos fundamentais, em especial no que concerne ao respeito à dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que alcançando uma boa administração pública, garante-se essa dignidade que é o núcleo dos direitos fundamentais sob essa perspectiva. Sem a Administração Pública gerindo bem os recursos disponíveis, atendendo devidamente aos direitos prestacionais, dos quais necessitam o administrado, resta inalcançável a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, nesse contexto, a necessidade de coordenação adequada de todos os direitos e princípios para que se atinja o interesse público e, dessa forma, seja também atendida à necessidade do administrado e ocorra o respeito à dignidade da pessoa humana na sua máxima potencialidade.

Apresentados os principais pontos do direito fundamental à boa administração pública, nota-se o mister de vigilância, orientação e correção das ações administrativas para que sejam atendidos esses direitos e princípios abordados, ou seja, apura-se a necessidade de um fortalecido sistema de controle para que haja a boa administração almejada. É com foco nesse sistema de controle que se traduzem as considerações do terceiro capítulo.

Observa-se da pesquisa realizada que, para se ter uma excelência do controle, deve-se focar tanto na conduta do gestor público de agir em conformidade com as normas atinentes, quanto nos resultados positivos por ele obtidos na concretização das políticas públicas, além da ótica dos gastos públicos racionais.

Entra-se, então, na ideia da administração gerencial, a qual não foca mais somente os meios, mas entende que o controle precisa envolver todos esses aspectos, seja dos gastos de forma racional, seja da melhor escolha dos meios, seja no atingimento dos resultados.

A concepção de controle passa, portanto, a ser um instrumento de legitimação da Democracia e do próprio Estado Constitucional, tanto do ponto de vista formal quanto substancial.

Sob a perspectiva formal, há a ideia de procedimento e resta natural que se controle a Administração desde a forma de eleição dos representantes na Democracia e dos limites procedimentais em geral encartados na Constituição Federal, até outros aspectos atinentes ao Estado Constitucional.

Do ponto de vista substancial, o controle da atuação da Administração mostra limites ainda mais claros, que são os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Dessa maneira, somente em uma Democracia substancial e em um Estado Constitucional concretizado é possível atingir o direito à boa administração pública, sendo certo que isto se dá por meio do controle e da vigilância das ações do Estado dentro dos limites e das orientações que esses direitos e princípios estabelecem.

No que se refere ao controle, tem-se a existência no ordenamento de diversos tipos, espécies e meios de exercê-lo, além da possibilidade de serem desempenhados por todos os Poderes republicanos, bem como pelo Ministério Público e Tribunais de Contas.

Finalmente, ocupou-se, no quarto capítulo desta dissertação, de tratar sobre o controle externo, mais especificamente da parte deste tipo de controle que ocorre a cargo dos Tribunais de Contas, tanto no âmbito da União quanto dos estados e municípios, apontando-se suas diferenciações quando não forem ações decorrentes da simetria constitucional.

Optou-se por este corte epistemológico, pois, de toda a pesquisa realizada em relação aos direitos fundamentais e à boa administração pública, vislumbrou-se que os Tribunais de Contas são órgãos garantidores desses direitos, uma vez que fiscalizam a movimentação financeira e patrimonial do Estado, ensejando limites ao poder, bem como estabelecendo exigências constitucionalmente adequadas na forma de gestão pública.

Ao especificar, no decorrer do capítulo, as competências constitucionais e legais dos Tribunais de Contas no Brasil, explícitas e implícitas, analisou-se, ao mesmo tempo, a importância de sua tarefa de fiscalização das funções e poderes do Estado. É das Cortes de Contas, a título de exemplo, a função de garantir que o gestor aplique corretamente os recursos advindos dos tributos cobrados do cidadão.

Quando se examina a natureza das decisões que as Cortes de Contas proferem no estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, bem como a ampliação cada vez maior de suas competências e o seu amplo campo de atuação, enxerga-se nos Tribunais um instrumento que, se fortalecido, pode ser garantidor de uma boa administração pública.

São os Tribunais de Contas os responsáveis pela fiscalização das ações e dos planejamentos do gestor, sendo um órgão, portanto, que, por meio do seu papel pedagógico, pode auxiliar melhores contratações, melhores escolhas nas prioridades e no planejamento das políticas públicas. Servem, logo, para auxiliar e instruir o gestor e sua equipe a manter um organizado controle interno e permitir a participação popular, melhorando as chances de atingir os reais interesses e necessidades dos cidadãos.

Por outro lado, as Cortes de Contas atuam lado a lado do gestor no controle concomitante e nas auditorias operacionais, estabelecendo metas e traçando objetivos

palpáveis à realidade governamental, implementando uma espécie de ajuste de conduta a ser fiscalizado.

Concluiu-se que toda ação de controle externo da Administração Pública realizada pelos Tribunais de Contas, com o objetivo de fiscalizar a realização das despesas públicas, a aplicação correta do dinheiro público e a lúdima instrumentalização dos conectivos legais, é imprescindível para atingir os objetivos fundamentais.

A aplicação de multas pelos Tribunais de Contas, com proporcionalidade e razoabilidade, e o resgate de valores investidos em contratos fraudulentos, por exemplo, têm a natureza de, quando necessário e suficientemente adequado, reprovar e prevenir a corrupção no país, de maneira a criar possibilidades de reinvestimento das disponibilidades em direitos básicos do cidadão, como: segurança, educação, moradia, alimentação, saneamento básico, saúde, entre outros.

Por último, as Cortes possuem meios de exigir o bom desempenho do gestor, a correta aplicação do dinheiro público, o respeito às legislações atinentes às contratações públicas, ou seja, as Cortes de Contas possuem um amplo rol de funções que visam ao objetivo de atingir a boa administração pública.

No entanto, no decorrer desta análise, vislumbrou-se possível apontar inúmeras falhas e lacunas, no exercício desse mister, que impedem os Tribunais de Contas de serem verdadeiro instrumento para a concretização do direito fundamental à boa Administração Pública. É com foco nessas melhorias e aperfeiçoamentos que foi escrito o quinto e último capítulo.

Assim sendo, racionalizar os procedimentos de fiscalização, monitorar o cumprimento das decisões e recomendações, investir em tecnologia e informação, e priorizar as auditorias de desempenho mostraram-se como bons exemplos que, certamente, contribuirão para conferir maior credibilidade ao controle externo exercido pelas Cortes de Contas brasileiras e torná-lo, de fato, efetivo.

Uma atuação transparente e multidisciplinar é referencial mais condizente com o que a sociedade espera de instituições com um controle efetivo que combata a ineficiência, a ineficácia e a corrupção no setor público. É um controle que mantém, com o órgão controlado, um processo de boas práticas, promovendo a boa governança, preocupando-se com a legitimidade, economicidade e com a concretude dos princípios constitucionais, sendo repressor de más condutas, mas que permita a estimulação da criatividade e a inovação da Administração, sem gerar no gestor o engessamento para a escolha das melhores decisões.

Um controle externo efetivo realizado pelos Tribunais de Contas demanda a realização de um controle de juridicidade, é dizer, um controle de legalidade no sentido amplo, com subordinação ao Direito, e não apenas subordinação à lei em sentido formal, de maneira a considerar todo o ordenamento jurídico com foco constante na dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que os direitos têm custos e são os Tribunais de Contas que zelam pela máxima otimização da aplicação dos recursos orçamentários. Dessa sorte, se o gestor público está aplicando os percentuais mínimos em saúde e educação, por exemplo, mas a realidade fática não é satisfatória, algo não está correto: os recursos não estão bem aplicados, as políticas públicas não estão em conformidade com as necessidades das prioridades ou os percentuais estabelecidos não são suficientes. A busca por essa incorreção e sua solução pode ser realizada através das auditorias operacionais, dos termos de ajustamento de gestão, da sintonia entre controle externo, interno e popular e, ainda de uma atuação pautada na transparência.

Para a efetiva realização das missões constitucionais, os Tribunais de Contas necessitam ser uma instituição fortalecida, com garantias institucionais, autonomia, amplas condições de atuação, membros e servidores com independência em suas atividades cotidianas e decisões, bem como contar com meios tecnológicos eficientes e estratégias de trabalho planejadas com focos em prioridades bem estabelecidas.

Nessa linha de raciocínio, vislumbrou-se ainda ser recomendáveis algumas alterações constitucionais no que se refere à escolha dos membros, melhor localização dos Tribunais de Contas no texto constitucional para defini-los como um verdadeiro Poder republicano, já que possui todas as características necessárias, e à existência de um órgão que controle o órgão controlador, para que não ocorram desvios em sua missão constitucional.

A compreensão dos Tribunais de Contas como um instrumento à boa administração pública destina-se a focá-los na concretização dos direitos e garantias que foram abordados nesta dissertação e na preservação dos princípios constitucionais, com atuação preferencialmente preventiva, objetivando a sustentabilidade e a democracia real, ou seja, com uma efetiva participação popular e garantidora de direitos fundamentais.

Sabe-se que é um longo caminho a ser trilhado e muitas dificuldades a serem encontradas, mas “perguntar como as coisas estão indo e se elas podem ser melhoradas é um elemento constante e imprescindível da busca da justiça” (SEN, 2011, p. 117).

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**, v. 31, n.1, p. 5-38, 1988.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de. Integração do controle nos tribunais de contas. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Acesso em: 02 de ago. 2017.

ALCANTARA, Christian Mendez. **O modelo gerencial: organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência - uma visão jurídica e administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão S. **Introdução à auditoria operacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, v.17, p. 1-19, 2009.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr./jun. 2005.

BARRETO, Waléria da Cruz Sá. O fortalecimento do tribunal de contas e a busca de um novo sistema de combate à corrupção. **Revista Controle, Doutrina e Artigos**, v. X, n. 1, p. 243-256, jan./jun. 2012.

BARROS FILHO, Fernando do Rego. Tribunais de Contas e proteção ambiental – evolução do Controle Externo nos vinte anos da Constituição Federal. **Revista Controle, Doutrina e Artigos**, v. VII, n. 1, p. 85-96, abr. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano I, n. 2, p. 26-72, out. 2006.

BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência da administração pública. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.15, n.7, p. 438-440, jul. 1999.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 145-204.

_____. **Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Os critérios de auditoria e a auditoria operacional. **Revista TCU**, v. 30, n. 83, p. 13–18, jan./mar., 2000. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sfc/ideias/ideias/audopera.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13 ed. Brasília: Editora Unb, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p.109-116, jul./set. 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **RAP**, Rio de Janeiro, ano 34, v. 4, p. 7-26, jul./ago. 2000.

_____. **Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v.214, out./dez. 1998, p.71.

CABRAL, Flávio Garcia. **O tribunal de contas da união na constituição federal de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2014.

_____. O TCU na Constituinte de 87-88: a estruturação da corte de contas. In: VIEIRA, Bruno Soeiro; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima (Org.). **Direito público contemporâneo: ensaios críticos**. Volume II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Los derechos fundamentales en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o ideário democrático e republicano. In: _____. **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 45-66.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CASSESE, Sabino. **Il diritto alla buona amministrazione**. Barcelona, 2009. Disponível em: <<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **O Tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro**. Campinas, SP: Millennium, 2007.

CITADINI, Antonio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COELHO, Hamilton Antônio. O papel dos tribunais de contas na busca da efetividade do controle externo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ano XXVIII, v. 75, n. 2, p. 66-76, abr./maio/jun. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4.ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DELGADO, José Augusto. Princípios jurídicos aplicados à licitação. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 609-623, out. 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. **Sistema de derechos fundamentales**. 4.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

_____. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Análise do Exercício do Controle de Constitucionalidade pelos Poderes do Estado**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37627&seo=1>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma administrativa: a emenda nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 133-139, jul./set. 1998.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALZONE, Guido. **Il Doveri di Buona Amministrazione**. Milão: Dott. A. Giuffré, 1953.

FERRAJOLI, Luigi. "Garantias". **Jueces para la democracia**, Madrid, n. 38, jul. 2002.

_____. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, México, n.15, p. 113-136, jul./dec. 2006.

FERRAZ, Sergio. O controle da administração pública na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 188, p. 64-73, abr./jun. 1992.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil**. Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANÇA, Philip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35, n.1, p.195-217, jan./jun. 2015.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Princípios gerais de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Direito financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. 3ª edição. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Tribunais de contas: aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRADVOHL, Michel André Bezerra Lima. A eficácia dos direitos fundamentais de 2ª dimensão e o orçamento público impositivo. **Revista Controle Doutrina e Artigo**, v. VII, n. 1, p. 347-362, abril/2009.

GRAU, Nuria. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Brasília: ENAP, 1998.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Eficiência administrativa: alargamento da discrecionariade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos - um paradigma possível? In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et alli. **Direito Administraivo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 273-309.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Conselho nacional dos tribunais de contas**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10994. Acesso em: 15 de jun. 2017.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 151-161, jul./set. 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **O controle do Tribunal de Contas**. Florianópolis: Conceito, 2014.

_____. Em busca da legitimidade da judicatura de contas: o modelo constitucional. In: LIMA, Luiz Henrique (Coord.). **Tribunais de contas: temas polêmicos na visão de ministros e conselheiros substitutos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 203-204.

JANINE, Renato. **A democracia**. 3.ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

_____. **A república**. 2.ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSSMANN, Edson Luís. **A Constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 5.ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. México: Ariel, 1979.

LORETO, Marcos. A importância dos tribunais de contas para a democracia. **Revista do TCE-PE**, v. 18, n. 18, p. 10-13, jun. 2011.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 12, p. 59-96, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum: 2017. p. 406.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, a.9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32259>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2008.

MATIAS-PEREIRA, J. Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais. São Paulo: Atlas, 2010

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.89, p.8-33, 1967.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. O controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.152, p.1-15, abr./jun. 1983.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Volume I. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEN, Carlos; DROMI, Roberto. **El Estado hoy: integración, participación, solidaridad**. 2.ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, a.51, n.2, p. 105-119, abr./jun. 2000.

_____. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 210, out./dez. 1997, p.196-197.

MOREIRA, Beatriz Mota; OLIVEIRA, Raimundo Nonato de. A instituição de um conselho nacional dos tribunais de contas (CNTC) no Brasil como fator de melhoria da administração pública brasileira. **Ethos e Espisteme. Revista de Ciências Humanas e Sociais da FSDB**, ano VIII, v. XVI, p. 94-107, dez. 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Processo Administrativo e Princípio da Eficiência. In: SUNFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guilherme André. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.320-341.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.190, p.1-44, out./dez. 1992.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NAVARRO, Edson. Tomada de contas especial e prevenção da corrupção: a importância de responsabilizar entes da federação. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NAVES, Rubens. **TCU: quem controla o controlador?** Le Monde Diplomatique - Brasil. São Paulo, p. 1-2, 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://diplomatique.org.br/tcu-quem-controla-o-controlador/>> . Acesso em: 28 nov. 2016.

NÓBREGA, Marcos. Controle do gasto públicos pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. **Journal of Democracy en Español**, v. 5, n. 1, p.7-23, jan. 1994.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública Brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. **Anais**. Florianópolis: Conpedi, 2008.

OLIVEIRA, Leonice Silva. Controlador interno: um parceiro da gestão pública municipal e do controle externo. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

PEREZ, Jesús Gonzales. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. Social accountability. In: **Enforcing the rule of law: social accountability in the new Latin American Democracies**. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2006. p. 3-33.

PONCE SOLÉ, Juli. El control judicial del procedimiento administrativo y la garantía del derecho a una buena administración. **Círculo de Derecho Administrativo**, n. 9, p. 77-94, 2010.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMIRES, Celso Costa; ROCHA NETO, Odir Gomes da. A reforma dos tribunais de contas: uma revisão a partir das propostas de emendas constitucionais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n. 2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoeopolitica-ISSN1980-7791. Acesso em: 05 de ago. 2017.

RÊGO FILHO, Vital do. Um plano diretor para o Rio. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, n. 43, set. 2011.

RIBAS JUNIOR, Salomão. **Uma viagem a Hessen: a função dos tribunais de contas: as realidades no Brasil e na Alemanha**. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina: Florianópolis, 1996, p. 131. 52

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública federal no Brasil: o Tribunal de Contas da União – uma análise jurídico-administrativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIBEIRO FILHO, José Francisco et al. Controle interno, controle externo e controle social: análise comparativa da percepção dos profissionais de controle interno de entidades das três esferas da administração pública. **Revista Universo Contábil**, v. 4, n. 3, p. 48-63, 2008.

RIBEIRO, Livia Maria de Pádua; PEREIRA José Roberto, BENEDICTO Gideon Carvalho. As reformas da administração pública brasileira: uma contextualização do seu cenário, dos entraves e das novas perspectivas. XXXVII Encontro da ANPAD. Anais... Rio de Janeiro, set. 2013

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. **O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema**. Brasília: Senado Federal, Consultoria legislativa, 2002, p. 7. Disponível em: . Acesso em 23 set. 2017

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014.

RODRIGUES NETO, Antonio Joaquim Moraes. Tribunais de contas no Brasil: instrumentos de cidadania, legitimidade e experiência do tribunal do Mato Grosso. **Revista TCE Mato Grosso**, semestral, 5.ed., dez. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, n. 30, p. 145-158, jan./mar. 2000.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267-268.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.97-144.

SARTORI, Giovanni **¿Qué es la democracia?** México: Tribunal Federal Electoral Instituto Federal, 1993.

SCHOENMAKER, Janaina. **Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SEMER, Márcia M. B. F. **Competências constitucionais do Tribunal de Contas**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade de Direito de São Paulo, São Paulo.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: **Prêmio Serzedello Corrêa 1998: monografias vencedoras**. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999, p. 19-144.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.173, p. 15-34, jul./set. 1988.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: **Prêmio Serzedello Corrêa 1998: monografias vencedoras**. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999, p. 145-219.

Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União - SINDILEGIS. **Congresso pode criar conselho nacional dos tribunais de contas**. Disponível em: <https://sindilegis.jusbrasil.com.br/noticias/2542294/congresso-pode-criar-conselho-nacional-dos-tribunais-de-contas>. Acesso em 10 abr. 2012.

SOARES, José Ribamar Barreiros Soares. A justiça administrativista no direito comparado. **Inf. Legisl. Brasília**, ano 38, n. 152, p. 57, out./dez. 2001.

SOUTO, Humberto. O conselho nacional dos tribunais de contas. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SPECK, Bruno Wilhelm. **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, 2000.

_____. **Caminhos da transparência**. Campinas-SP: Unicamp, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El derecho fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

TONET, Helena Correa. Política de gestão de pessoas no controle externo. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos fundamentais e o tribunal de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro**, v. 13, n. 23, p. 5463, jul. 1992.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. O controle da legalidade da administração pelo poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 86, p. 362-377, 1965.

VIANA, Francisco. A comunicação nos tribunais de contas. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEIRA, Luís Eduardo Pires de Oliveira. A adoção de sistema integrado de administração financeira e controle como instrumento para a promoção da transparência das contas públicas nos municípios. Belo Horizonte, ano 3, n. 1, p. 153-170, dez. 2016.

VUOLO, Cassyra L. O controle social e sua interface com os tribunais de contas: a experiência do TCE/MT. In: XXV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Anais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____, Benjamin. ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.