



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANTONIO FRANÇA DA COSTA**

**CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO**  
**PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**

Salvador  
2015

**ANTONIO FRANÇA DA COSTA**

**CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO  
PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro

Salvador  
2015

C837

Costa, Antonio França da,  
Controle de legitimidade do gasto público pelos tribunais de contas no  
Brasil / por Antonio França da Costa. – 2015.  
188 f.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de  
Direito, 2015.

1. Discricionariiedade administrativa. 2. Tribunais de contas. 3. Legitimi-  
dade (Direito). 4. Despesa pública. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 343.8103

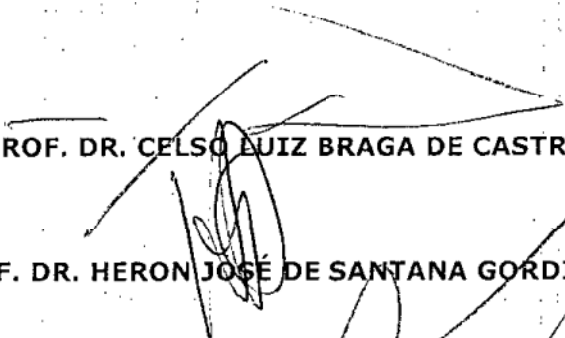


UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
Programa de Pós-graduação em Direito

## PARECER DA BANCA EXAMINADORA

Reunidos para apreciar a dissertação final apresentada pelo mestrando **ANTONIO FRANÇA DA COSTA**, intitulada "**CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**", a banca concluiu pela aprovação, com nota **10,0 (dez)** considerando o trabalho escrito apresentado e a defesa oral respectiva.

Salvador, 27 de abril de 2015.

  
PROF. DR. CELSO LUIZ BRAGA DE CASTRO

  
PROF. DR. HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

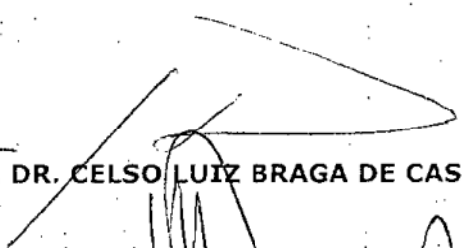
PROF. DR. FRANCISCO QUEIROZ CAVALCANTI



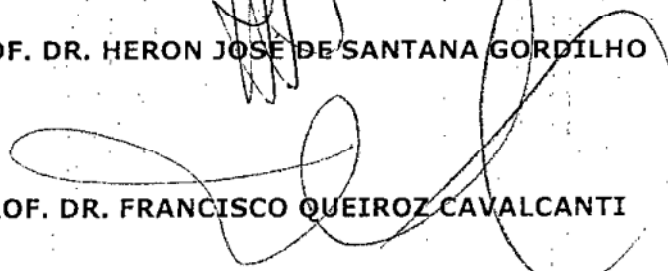
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
Programa de Pós-graduação em Direito

ATA DA SESSÃO DE DEFESA PÚBLICA DE  
DISSERTAÇÃO DO CURSO DE MESTRADO  
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DA BAHIA.

Aos vinte e sete dias do mês de abril do ano de dois mil e quinze realizou-se na sala 212 da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, às 16h00min (dezesseis horas), a sessão de defesa de dissertação do mestrando **ANTONIO FRANÇA DA COSTA**, intitulada "**CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**". A sessão foi aberta pelo senhor Presidente e Orientador, Professor Doutor **Celso Luiz Braga de Castro**, estando presentes os componentes da Banca Professores Doutores **Heron José de Santana Gordilho e Francisco Queiroz Cavalcanti**, ainda, professores e alunos do Programa de Pós-Graduação. O senhor Presidente deu início aos trabalhos e, na forma das normas para Defesa Pública de Dissertação de Mestrado, informou sobre o conteúdo das mesmas, franqueando ao mestrando a palavra por quinze minutos. Após a exposição do mestrando **ANTONIO FRANÇA DA COSTA**, os demais membros da Banca Examinadora arguiram-no no tempo estabelecido de vinte e cinco minutos, e mais dez minutos para a réplica. Encerrados os debates, a sessão foi suspensa por quinze minutos para a deliberação do parecer final. Reiniciada a sessão, a Banca Examinadora emitiu o Parecer Final, aprovando com nota **10,0 (dez)** a dissertação do mestrando. Nada mais havendo a tratar, o senhor Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora. Salvador, 27 de abril de 2015.

  
PROF. DR. CELSO LUIZ BRAGA DE CASTRO

  
PROF. DR. HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

  
PROF. DR. FRANCISCO QUEIROZ CAVALCANTI

**ANTONIO FRANÇA DA COSTA**

**CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO  
PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.  
Área de concentração: Direito Público.

Salvador,

**BANCA EXAMINADORA**

Celso Luiz Braga de Castro – Orientador \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil.  
Universidade Federal da Bahia

Heron José de Santana Gordilho \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil.  
Universidade Federal da Bahia

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal  
Universidade Federal de Pernambuco

À minha esposa Assyria e minha filha Anna  
Luisa, amores da minha vida. Ao meu Pai,  
Adão Félix, pelo exemplo de humildade e  
retidão.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha esposa Assyria pelo companheirismo, apoio e compreensão pelo tempo de convívio furtado.

Ao meu orientador Professor Doutor Celso Luiz Braga de Castro, pelo caminho seguro e pela inspiração.

Ao Professor Doutor Saulo Casali, pelas críticas e pelo rigor acadêmico.

Ao Professor Doutor Rodolfo Pamplona, por mostrar que as dificuldades nos são colocadas para serem superadas.

À amiga de mestrado Taís Dorea, por compartilhar as dificuldades do percurso e pelo empréstimo de bibliografia preciosa.

À Luiza Luz de Castro, Secretária Executiva do Programa de Pós-Graduação da UFBA, pelo atendimento sempre prestativo, amável e cortes.

Às Bibliotecas do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, pelo acesso aos seus acervos bibliográficos.



“A sociedade tem o direito de pedir contas a todo  
agente público pela sua administração.”

(Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789)

## RESUMO

A presente dissertação aborda o controle externo da legitimidade do gasto público realizado pelos Tribunais de Contas no Brasil. Partindo dos paradigmas que vão nortear o controle do gasto público, analisa a trajetória histórica dos Tribunais de Contas no Brasil e como deixaram de ser meros examinadores das formalidades do gasto público para assumirem a competência para apreciar o mérito do gasto público, a partir do controle de legitimidade previsto na Carta Constitucional de 1988. Aborda as competências Constitucionais dos Tribunais de Contas no Brasil e o seu poder sancionatório, em especial as sanções decorrentes do ato de gestão ilegítimo e chama atenção para a necessidade da existência de critérios como condição para a aplicação da sanção. Perquiri quais os parâmetros para o exercício do controle de legitimidade, a partir do estudo da sindicabilidade da discricionariedade do ato administrativo, do dever de eficiência e do direito fundamental à boa administração. Ao final, aborda a prática do Tribunal de Contas e verifica como tem sido feito o controle de legitimidade do gasto público. Constatou-se que a Constituição autoriza, pelo controle de legitimidade, que se examine a discricionariedade no gasto público, prevendo, inclusive, sanção para o caso do ato de gestão ilegítimo. Verificou-se que o avanço nas teorias que circundam o exame da discricionariedade administrativa fornece critérios para que o exame objetivo do gasto público vá além da mera legalidade formal e adentre na legitimidade do gasto público, para verificar se há congruência com os objetivos e princípios colocados pela Constituição.

**PALAVRAS-CHAVES:** Controle externo. Legitimidade. Discricionariedade. Tribunais de Contas. Gasto público.

## **ABSTRACT**

This dissertation addresses the external control of the legitimacy of public expenditure performed by the Court of Auditors in Brazil. Based on the paradigms that will guide the control of public spending, it analyzes the historical trajectory of the Court of Auditors in Brazil and as no longer being mere observers of the procedures of public spending to assume jurisdiction to assess the merits of public spending, from the control legitimacy provided in the Constitutional Charter of 1988. It addresses the Constitutional powers of Court of Auditors in Brazil and its sanctioning power, in particular the sanctions resulting from the illegitimate management act and calls attention to the need for the existence of criteria as a condition for the application the penalty. Investigate which parameters for the exercise of legitimacy control, from the study of the administrative act discretionary syndicality, the duty of efficiency and the fundamental right to good administration. Then it deals with the Court's practice in order to check the way which the legitimacy control of public spending. It was found that the Constitution, through the legitimacy of control, authorizes the examination of the merits of public spending, providing even penalty in the event of illegitimate management act. It was found that the advance in the theories surrounding the review of administrative discretion provides criteria for the objective examination of public spending goes beyond mere formal legality and step inside the legitimacy of public spending, to check for consistency with the objectives and principles laid by the Constitution.

**KEYWORDS:** External control. Legitimacy. Discretion. Court of Auditors. Public spending.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2</b>	<b>O SENTIDO DAS CIÊNCIAS EM KUHN E POPPER</b> .....	17
2.1	O PARADIGMA COMO A BASE DA CIÊNCIA .....	17
2.2	A FALSEABILIDADE DAS PROPOSIÇÕES CIENTÍFICAS .....	19
<b>3</b>	<b>PARADIGMAS NORTEADORES DO CONTROLE</b> .....	22
3.1	SEPARAÇÃO DE PODERES .....	22
3.2	FINS DO ESTADO .....	27
3.3	CONSTITUCIONALISMO .....	32
3.4	POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO .....	36
3.5	A FORÇA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	40
<b>3.5.1</b>	<b>Enunciado principiológico dos direitos fundamentais</b> .....	41
<b>3.5.2</b>	<b>Distinção entre princípios e regras e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais</b> .....	41
<b>4</b>	<b>CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS</b> .....	45
4.1	“CONTRE-RÔLE” .....	45
<b>4.1.2</b>	<b>Crítério e princípio da impessoalidade</b> .....	48
<b>4.1.3</b>	<b>Classificação</b> .....	50
4.1.3.1	<i>Controle-contenção e controle-promoção</i> .....	52
4.1.3.2	<i>Controle Interno</i> .....	53
4.1.3.3	<i>Controle Externo</i> .....	56
4.1.3.3.1	Controle parlamentar e controle técnico-administrativo.....	57
4.2	TRIBUNAIS DE CONTAS .....	60
<b>4.2.1</b>	<b>Entidades Fiscalizadoras Superiores</b> .....	60
4.2.1.1	<i>Tribunais de Contas e Auditorias-Gerais</i> .....	60
4.2.1.2	<i>Tribunais de Contas na França, Itália e Bélgica</i> .....	65
<b>4.2.2</b>	<b>Evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil: do controle formal ao controle de legitimidade do gasto público</b> .....	68
<b>4.2.3</b>	<b>Os Tribunais de Contas na Constituição de 1988</b> .....	74
<b>4.2.4</b>	<b>O princípio democrático e o dever de prestar contas</b> .....	75
<b>4.2.5</b>	<b>Natureza dos Tribunais de Contas no Brasil</b> .....	78

<b>4.2.6</b>	<b>Competências Constitucionais</b> .....	80
4.2.6.1	<i>Função opinativa</i> .....	83
4.2.6.2	<i>Função jurisdicional</i> .....	84
4.2.6.3	<i>Função fiscalizadora e instrumentos para aferição da gestão</i> .....	88
4.2.6.4	<i>Função sancionadora</i> .....	90
4.2.6.4.1	Consequências decorrentes do ato de gestão ilegítimo .....	92
4.2.6.4.2	Necessidade de definição de critérios .....	94
<b>5</b>	<b>PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO</b> .....	100
5.1	LEGALIDADE, ECONOMICIDADE E LEGITIMIDADE .....	100
<b>5.1.1</b>	<b>Controle de legalidade</b> .....	100
<b>5.1.2</b>	<b>Controle de economicidade</b> .....	102
<b>5.1.3</b>	<b>Controle de legitimidade</b> .....	103
5.2	DISCRICIONARIEDADE E A SINDICABILIDADE DA GESTÃO PÚBLICA. 106	
<b>5.2.1</b>	<b>Apreciação da discricionariedade administrativa</b> .....	109
<b>5.2.2</b>	<b>Conceitos indeterminados</b> .....	111
5.2.2.1	<i>Densificação do conceito indeterminado</i> .....	113
5.2.2.1.1	Karl Larenz: conceitos indeterminados, pautas carecidas de preenchimento .....	114
5.2.2.1.2	Friedrich Müller: a norma só se completa em contato com a realidade .....	120
<b>5.2.3</b>	<b>Discricionariedade técnica</b> .....	121
<b>5.2.4</b>	<b>Margem de prognose</b> .....	124
<b>5.2.5</b>	<b>Desvio de poder e a finalidade a ser perseguida pela Administração</b> .....	126
<b>5.2.6</b>	<b>O dever de motivação e o dever de ponderação</b> .....	128
5.3	O DEVER DE EFICIÊNCIA .....	131
<b>5.3.1</b>	<b>A eficiência enquanto princípio</b> .....	131
<b>5.3.2</b>	<b>O conteúdo jurídico da eficiência</b> .....	132
<b>5.3.3</b>	<b>Eficiência, discricionariedade e controle</b> .....	137
<b>5.3.4</b>	<b>Eficiência: entre a reserva do possível e o mínimo existencial</b> .....	139
<b>5.3.5</b>	<b>Eficiência e macrojustiça</b> .....	141
<b>5.3.6</b>	<b>O controle da eficiência a partir dos instrumentos de planejamento</b> .....	143
5.4	DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO .....	147
<b>5.4.1</b>	<b>Antecedes e inserção no catálogo de direitos fundamentais</b> .....	147
<b>5.4.2</b>	<b>Conteúdo jurídico do direito fundamental à boa administração</b> .....	149

<b>6</b>	<b>O CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO NA PRÁXIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .....</b>	<b>152</b>
6.1	INSTRUMENTOS DE CONTROLE .....	152
<b>6.1.2</b>	<b>Auditoria de conformidade e auditoria operacional: entre o exame de legalidade e o de legitimidade .....</b>	<b>153</b>
6.2	DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES E O ADENSAMENTO DO CRITÉRIO DO CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO ATO DE GESTÃO ...	157
6.3	APRECIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	160
<b>6.3.1</b>	<b>Ato antieconômico.....</b>	<b>160</b>
<b>6.3.2</b>	<b>Análise do motivo e adequação à finalidade pública .....</b>	<b>161</b>
<b>6.3.3</b>	<b>Avaliação da razoabilidade das estratégias adotadas .....</b>	<b>161</b>
<b>6.3.4</b>	<b>Controle da discricionariedade técnica e análise de economicidade .....</b>	<b>162</b>
<b>6.3.5</b>	<b>Análise de razoabilidade do gasto público .....</b>	<b>164</b>
<b>6.3.6</b>	<b>Controle de constitucionalidade .....</b>	<b>165</b>
<b>6.3.7</b>	<b>Adensamento do princípio da eficiência.....</b>	<b>167</b>
<b>6.3.8</b>	<b>Eficiência do gasto e a finalidade pública.....</b>	<b>168</b>
<b>6.3.9</b>	<b>O princípio da eficiência e a escassez de recursos.....</b>	<b>169</b>
6.4	BAIXA DENSIDADE DO CRITÉRIO E A INEVITÁVEL GESTÃO CONSENSUAL.....	170
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>173</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>177</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã de 1988, promulgada após um longo período de ditadura, atribuiu aos Tribunais de Contas o dever de controlar a boa gestão pública, verificando seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

Exige a Constituição, em seu art. 70, que sejam analisadas a legalidade, a economicidade e a legitimidade do gasto público. Não basta o confronto do gasto público com os aspectos legais que o circundam ou a verificação do custo-benefício, pura e simplesmente em termos monetários, acarretado pela prática do ato de gestão, o Constituinte Originário foi além, exigiu também que se verifique a legitimidade do gasto público.

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o art. 70 da Constituição Federal, fala sobre um “[...] controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima [...]”<sup>1</sup>, aludindo a existência de atos que, conquanto possam estar de acordo a lei, poderiam padecer de legitimidade.

Se o controle de legalidade do ato parece ter bases mais precisas, trazendo um pouco mais de segurança tanto para quem controla quanto para quem é controlado, o controle de legitimidade se situa num campo mais árido, pela dificuldade de se determinar objetivamente o que venha a ser um ato de gestão legítimo.

Os Tribunais de Contas, quando do julgamento das contas dos gestores e da realização das fiscalizações que lhes competem, decidirão não somente sobre a legalidade e a economicidade, mas, também, sobre a legitimidade do gasto público, podendo, em decorrência do cometimento de ato de gestão ilegítimo, julgar irregulares as contas do gestor, imputar-lhe débito, aplicar-lhe multa, inabilitá-lo para ocupar cargo em comissão ou função de confiança.<sup>2</sup>

O gestor que tiver suas contas julgadas irregulares por ato de gestão ilegítimo pode vir a ser considerado, pela Justiça Eleitoral, inelegível por um período de oito anos.<sup>3</sup>

As sanções decorrentes da prática de ato de gestão ilegítimo demonstram a necessidade de perquirirmos o que venha a ser um controle de legitimidade, principalmente quais os critérios que devam ser utilizados para se considerar um ato de gestão legítimo ou ilegítimo.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, SP. Malheiros, 1998, p. 715

<sup>2</sup> Lei 8.443/1992.

<sup>3</sup> Lei Complementar 64/1990, art. 1º, g.

É justamente a existência de critérios que possibilitará o exercício do controle. Sem a existência de critérios prévios – com perdão da redundância, pois todo critério é prévio – não há que se falar em exercício do controle. Os critérios materializam o princípio da impessoalidade e tornam a gestão pública sindicável, trazem segurança jurídica, valor conquistado com muita luta pelo Estado de Direito. Sem a existência de parâmetros para o exercício do controle de legitimidade da gestão pública, o controle se converte em arbítrio.

Nosso estudo se restringiu ao controle de legitimidade do gasto público que é exercido pelos Tribunais de Contas. Conquanto possamos tangenciar o polêmico tema da judicialização das políticas públicas e do controle parlamentar direto, nosso objetivo geral foi verificar os critérios para controle de legitimidade do gasto público exercido pelos Tribunais de Contas no Brasil, no âmbito do controle externo técnico.

Nossa pesquisa foi unicamente teórica. Quanto aos procedimentos de coleta de dados, adotamos a pesquisa bibliográfica (livro e artigo científicos) e documental (leis e jurisprudências, e documentos técnicos). Foram analisados a jurisprudência e documentos técnicos do Tribunal de Contas da União, principalmente para a construção do último capítulo, onde procuramos verificar como tem sido realizado, na prática, o controle de legitimidade do gasto público.

Partimos da concepção de Thomas Kuhn e Karl Popper sobre as ciências. Para Kuhn a ciência se desenvolve não em torno de verdades incontestáveis, mas de consensos formados no meio da comunidade científica em torno de alguns paradigmas. Determinada teoria permanece enquanto perdurar o paradigma que lhe dá sustentação. O surgimento de um novo paradigma dá azo ao rompimento com a teoria anterior e o surgimento de uma nova teoria. Assim, não há que se falar, como quer o racionalismo científico, em verdades absolutas.

Popper também rompe com o pensamento cartesiano ao criticar a ideia de verdade absoluta. Um dos temas centrais na concepção de ciência de Popper é a ideia de falseabilidade das proposições científicas. Sempre que surge uma nova teoria ela deve ser testada, corroborada, confirmada ou rejeitada. Para Popper, as teorias são propostas para solução de problemas. Se a teoria resiste às pertinentes críticas, a solução poderá ser aceita, mas provisoriamente, enquanto resistente a críticas. Neste sentido, a verdade é sempre provisória. As teorias são aceitas, enquanto capazes de solucionar problemas.

E é essa concepção de ciência que permeou nossa pesquisa e nossas conclusões. Lançamos logo de início os paradigmas que vão influenciar o perfil do controle de legiti-



dade do gasto público, quais sejam: a teoria da separação de poderes; a transição do positivismo para o pós-positivismo; os fins do Estado; o constitucionalismo; e a força dos direitos fundamentais, principalmente a partir da inserção dos princípios na categoria deontológica.

Em seguida, no capítulo que intitulamos de “controle da atividade financeira do Estado pelo Tribunal de Contas”, abordamos o conceito de controle e o critério como seu elemento essencial e seguimos numa classificação dos tipos de controles, para chegamos, dentro dessa classificação, ao controle externo, distinguindo nele o controle parlamentar do controle técnico exercido pelos Tribunais de Contas.

Ainda dentro desse capítulo, localizamos os Tribunais de Contas no conjunto das Entidades Fiscalizadoras Superiores, distinguindo-os das Auditorias-Gerais, para em seguida tratarmos especificamente do Tribunal de Contas no Brasil, abordando sua evolução história e destacando as alterações em suas competências constitucionais que o retirou da condição de órgão fiscal da legalidade formal para um órgão fiscal, também, da legitimidade do gasto público. Em seguida, abordamos as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, com destaque para as funções jurisdicional, fiscalizadora e sancionadora, verificando a natureza de suas decisões e a possibilidade da reapreciação pelo Poder judiciário.

No capítulo seguinte, intitulado “parâmetros para o controle de legitimidade do gasto público”, com a finalidade de identificarmos critérios objetivos para o controle da legitimidade da gestão pública, distinguimos os controles de legalidade, economicidade e legitimidade, para, em seguida, adentrarmos na seara da discricionariedade administrativa e da possibilidade de sua apreciação pelo controle externo, uma vez que o controle de legitimidade exige que se verifique e se questione os porquês das decisões tomadas pelo gestor público. Assim, trouxemos à baila a teoria dos conceitos indeterminados, destacando as contribuições de Karl Larens e Fridrich Müller para a aplicação de normas que se utilizam de conceitos vagos. Abordamos ainda o dever de eficiência do gestor e o que vem sendo denominado de direito fundamental à boa administração pública.

No último capítulo, analisamos a práxis do Tribunal de Contas da União, para verificar, a partir de seus processos de trabalho e de seus julgados, como ele tem exercido a sua competência constitucional de fiscalizar a legitimidade do gasto público.

Esperamos que este trabalho possa contribuir de alguma forma para o aperfeiçoamento do controle externo da legitimidade do ato de gestão. É necessário, a bem de toda a sociedade,

que se avance no aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da boa gestão pública.

## 2 O SENTIDO DAS CIÊNCIAS EM KUHN E POPPER

### 2.1 O PARADIGMA COMO A BASE DA CIÊNCIA

Thomas Kuhn é físico e historiador da ciência, nasceu nos Estados Unidos em 1922 e faleceu em 1996 e é mais conhecido pela sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, publicada em 1962.<sup>4</sup>

O pensamento de Thomas Kuhn ganha grande relevo ao se questionar o sentido de verdade absoluta de que são impregnadas as chamadas ciências naturais ou ciências experimentais orientadas pelo método cartesiano. Para Kuhn, a ciência se desenvolve não em torno de verdade incontestáveis, mas de consensos formados no meio da comunidade científica. Os consensos formados sobre alguns pontos gerariam estabilidade para a construção de teorias científicas. Essas teorias teriam sustentação enquanto não houvesse a quebra do consenso em torno da base que lhes dá justificativa. Assim, uma mudança paradigmática levaria a uma ruptura.

Para Kuhn, o paradigma é um conjunto de valores, técnicas e, até mesmo, crenças, compartilhados por uma comunidade – se for um paradigma científico, compartilhado por uma comunidade científica – que servirá de norte, de modelo, para a abordagem e resoluções de problemas. “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma.”<sup>5</sup>

Segundo Kuhn, o desenvolvimento de uma disciplina passa por uma fase pré-paradigmática, onde há divergências entre os pesquisadores sobre os fenômenos a serem observados e as técnicas a serem utilizadas, onde ainda não há consenso sobre qual paradigma será utilizado. Quando se chega a esse paradigma, teremos então a ciência normal, que, nesse paradigma “descoberto”, se sustentará. O consenso em torno dos novos paradigmas é condição para a estabilização do pensamento científico.

Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e o consenso aparente que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa

---

<sup>4</sup> BUCKINGHAM, Will *et al.* *O livro da filosofia*. Trad. Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011, p. 293.

<sup>5</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira et al. São Paulo: Perspectiva SA., 1998, p. 219.

determinada.<sup>6</sup>

A partir do momento em que o paradigma sob o qual se repousa a ciência normal não consegue dar mais resposta, o avanço científico e a própria ciência normal se estagna e entra em crise. Aqui surge uma ciência denominada extraordinária, que se divide entre o paradigma anterior e um novo paradigma que está surgindo. Seria uma espécie de transição, até que se firme o entendimento sobre o novo paradigma. Temos aí um processo de revolução, da qual se emergirá, por um processo de ruptura e não de avanço metódico científico, um novo paradigma que dará sustentação a uma nova ciência normal, até que surja uma nova crise e uma nova revolução.

O conceito de verdade científica relativiza-se, pois, ao paradigma científico que está sendo adotado. E, se a realidade científica é determinada pelo paradigma, cada teoria científica indicará uma realidade diferente, a depender do paradigma adotado.

Ao aprender um paradigma, o cientista adquire ao mesmo tempo uma teoria, métodos e padrões científicos, que usualmente compõem uma mistura inextricável. Por isso, quando os paradigmas mudam, ocorrem alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade, tanto os problemas, como das soluções propostas.<sup>7</sup>

Guiados por novos paradigmas, os cientistas passam a utilizar novos instrumentos, têm novas visões, inclusive sobre fatos antes já apreciados.

Conquanto Thomas Kuhn não tenha construído sua teoria com foco nas ciências humanas, mas nas ciências naturais, pensamos que a ideia de paradigmas, como consenso da comunidade científica em torno de algumas crenças e valores, se aplica também às ciências jurídicas.

A formação de consenso em torno de alguns paradigmas é o que dá azo à aceitação de diversas teses jurídicas. Cada tese se concentra em torno de alguns valores e terá mais aceitação quanto mais forem compartilhados e aceitos esses valores.

No item três, trataremos de alguns paradigmas em torno dos quais gira a temática da legitimidade do gasto público e que vão influenciar diretamente na forma e nos limites do exercício do controle externo, objeto de nosso estudo. Tratam-se dos paradigmas da separação de poderes, dos fins do Estado, do constitucionalismo, do positivo e do pós-positivismo e da temática dos direitos fundamentais.

---

<sup>6</sup> KUHN, op. cit., p. 30.

<sup>7</sup> Ibid., p. 144.

## 2.2 A FALSEABILIDADE DAS PROPOSIÇÕES CIENTÍFICAS

Karl Popper Nasceu em Viena, na Áustria, em 1902. Estudou filosofia na Universidade de Viena, onde, posteriormente, foi professor por seis anos. Em 1937 migrou para Nova Zelândia, onde viveu até o fim da segunda guerra. Em 1946, mudou-se para a Inglaterra para lecionar na *London School of Economics* e, posteriormente, na Universidade de Londres. Permaneceu na Inglaterra até a sua morte, em 1994. Dentre suas obras, destaca-se “A Lógica da Descoberta Científica”, publicada em 1934, “[...] que o estabeleceu como um dos primeiros filósofos da ciência.”<sup>8</sup>

Popper também rompe com o pensamento cartesiano ao criticar a ideia de verdade absoluta. Um dos temas centrais na concepção de ciência de Popper é a ideia de falseabilidade das proposições científicas. Sempre que surge uma nova teoria ela deve ser testada, corroborada, confirmada ou rejeitada.

Popper critica o método indutivo como um caminho de se chegar verdade. Não seria possível, a partir de observações de casos singulares, se chegar a enunciados universais.<sup>9</sup> “O indutivismo esconde, de quanto pode, que as suas conclusões têm maior largueza do que as premissas.”<sup>10</sup>

O método indutivo parte da observação de diversos casos semelhantes para daí extrair uma verdade universal. No entanto, a amostra de que se utiliza para se fazer a generalização dificilmente consegue abranger a complexidade da realidade social. A insuficiência do método indutivo em apreender a realidade em sua totalidade se reflete na própria elaboração da lei. A lei, geral e abstrata, surge a partir da verificação de diversos casos que seguem determinado padrão e, portanto, devem ser regulamentados no plano abstrato. No entanto, a impossibilidade de se observar todos os casos acaba por deixar escapar do alcance da norma determinados casos, surgindo, assim, as chamadas lacunas ou brechas da lei.

Nem sempre o modelo geral consegue resolver a situação específica posta diante do operador, daí porque embora se fale em plenitude hermética do ordenamento jurídico, estamos sempre defronte das chamadas lacunas axiológicas, que terminarão provando, quando em grande consistência uma alteração paradigmática.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> BUCKINGHAM, op. cit., p. 265.

<sup>9</sup> FERREIRA, Kílvia Souza. *Uma visão popperiana do direito*. Disponível em <<http://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol3-1-2012/artigo11.pdf>> Acesso em 19 fev 2015, p. 2.

<sup>10</sup> CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Obrigação tributária como obrigação de fazer: conversibilidade parcial da imposição pecuniária em deveres administrativos: uma revisão de paradigmas*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito, 2005, p. 18.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 59.

Para Popper, o desenvolvimento científico surge a partir da falseabilidade das proposições. Em sua obra “A lógica das ciências sociais”, Popper, na sexta tese, explica que tanto o método das ciências sociais quanto das ciências naturais consiste em experimentar possíveis soluções para certos problemas. Somente são soluções científicas aquelas passíveis de serem criticadas, se a solução apresentada não comporta crítica, ela é não-científica e deve ser descartada.<sup>12</sup>

Assim são os dogmas, verdades absolutas que não toleram contestação, exigindo a sua observância cegamente, mais como um ato de fé. Para Popper as afirmações de caráter metafísico não possuem cientificidade uma vez que não são passíveis de serem falseadas.<sup>13</sup>

Se a teoria proposta para resolução do problema resiste às críticas pertinentes, a solução pode ser aceita, mas temporariamente, podendo ser criticada mais além.<sup>14</sup> Assim, não haveria verdades absolutas, mas somente soluções provisoriamente aceitas, enquanto resistentes às críticas.

As teorias se sustentam enquanto resistem a críticas, sendo, portanto, corroboradas se resistem a testes rigorosos, até que, na superveniência de fatos novos, sejam novamente falseadas e surja uma nova teoria, de maneira que a aceitação de uma teoria é sempre provisória.

É possível verificar uma aproximação entre Kuhn e Popper uma vez que realçam o processo revolucionário pelo qual uma teoria mais antiga é rejeitada e substituída por outra; e a falha da teoria antiga no seu papel de resolver os problemas impostos pela lógica, experimentação ou observação.<sup>15</sup>

No campo do controle do gasto público pelos Tribunais de Contas, é que veremos o transitar da teoria que preconizava como suficiente o controle do gasto público mediante registro prévio, se atendo somente aos aspectos formais das despesas, para uma solução que preconiza a necessidade de se abandonar o controle prévio do gasto público, e enfatiza a adoção dos controles concomitantes e posteriores, valendo-se de instrumento de fiscalização *in loco*, com enfoque não somente no aspecto formal de registro da despesa, mas, principalmente, quanto à legitimidade do gasto público, de modo a verificar se houve uma gestão

---

<sup>12</sup> POPPER, Karl Raymund. *A lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

<sup>13</sup> FERREIRA, Kílvia Souza. *Uma visão popperiana do direito*. Op. cit., p. 3.

<sup>14</sup> POPPER, op. cit., p. 16.

<sup>15</sup> MACHADO, Cristina de Amorim. *Popper, a demarcação da ciência e a astrologia*. In Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper / Paulo Eduardo Oliveira (org.). Curitiba: Circulo de Estudos Bandeirantes, 2012, p. 58.

eficiente, no sentido de maximização da realização do bem comum.

### 3 PARADIGMAS NORTEADORES DO CONTROLE

#### 3.1 SEPARAÇÃO DE PODERES

Um dos temas mais recorrentes em controle é a teoria da separação de poderes. Sua concepção racionalista serviu para contenção do poder absolutista e a elevou à condição de princípio presente nas constituições dos Estados democráticos.

Aristóteles, em a *Política*, já apontava para a existência de três partes distintas no Estado: a assembleia dos cidadãos, que teria a função de corpo deliberante; a magistratura, que não se confunde com o que entendemos como magistrados atualmente, mas funcionários designados pela assembleia, para desempenho de certas funções; e o corpo judiciário. No entanto, “Aristóteles, se discriminou os órgãos, confundiu as funções, pois deu à assembleia o conjunto de todas as atribuições, sendo os dois outros órgãos simples delegações suas sem atribuições definidas.”<sup>16</sup>

John Locke, por sua vez, elenca a existência de três poderes, o legislativo, o executivo e o federativo. Para Locke, o poder legislativo “[...] é aquele que tem competência para prescrever segundo procedimentos a força da comunidade civil que deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros.”<sup>17</sup>

Locke via o legislativo como o poder supremo<sup>18</sup> em toda comunidade civil. O legislativo seria a fusão de poderes de cada membro da sociedade, delegado a uma assembleia que tem a função de legislador, “[...] permanecendo forçosamente circunscrito dentro dos mesmos limites que o poder que estas pessoas detinham no estado de natureza antes de se associarem em sociedade a ele renunciarem em prol da comunidade social.”<sup>19</sup>

O poder executivo teria como atribuição a execução das leis e, ainda segundo Locke “[...] não convém que as mesmas pessoas que detém o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que

---

<sup>16</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1986, p. 177.

<sup>17</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes. [ano], p. 74.

<sup>18</sup> Para Locke “Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou (...)” LOCKE, op. cit., p. 77.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 72.



fizerem, e adequar a lei a sua vontade [...]”<sup>20</sup>.

O poder federativo, por sua vez, se exercia no campo das relações internacionais, com competência para fazer a guerra e a paz e fazer aliança.

A teoria de separação de poderes de Locke acaba por preconizar a supremacia do Legislativo. Para Locke, haveria necessidade somente de separação dos poderes legislativo e executivo. Os poderes executivo e federativo, embora fossem realmente distintos entre si, o primeiro caracterizado pela aplicação das leis internamente e o segundo marcado pela administração da segurança e do interesse público externo, estariam quase sempre unidos.<sup>21</sup>

Não obstante as teorias de Aristóteles e Locke, a ideia de que o poder não deveria ficar em uma única pessoa, para que o poder limitasse o próprio poder, encontra seu maior expoente na pessoa do Barão de Montesquieu, que sistematiza suas ideias em “O Espírito das Leis”, escrito em 1747.

Segundo Montesquieu, em cada Estado existiriam três tipos de poderes: o poder legislativo, o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes”, e o “poder executivo daquelas que dependem o direito civil”. Ao legislativo incumbe fazer as leis; ao poder executivo das coisas que dependem o direito das gentes, que Montesquieu passa a denominar simplesmente poder executivo, celebrar a paz ou a guerra, receber ou enviar embaixadas, instaurar a segurança, prevenir invasões; ao poder executivo daquelas que dependem o direito civil, denominado por Montesquieu de “poder de julgar”, se encarrega de castigar os crimes e julgar as querelas entre os particulares.<sup>22</sup>

A separação de poderes se convertia assim em um mecanismo de garantia da liberdade, pois:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não existe liberdade; por que se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer a leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entres os particulares.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> LOCKE, op. cit., p. 75.

<sup>21</sup> Ibid., p. 75.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito da leis*. Apres. Renato Janine Riberiro; trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167-168.

<sup>23</sup> Ibid., p. 168.

Para Montesquieu, os julgamentos deveriam se ater ao texto preciso da Lei, pois “se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos ali assumidos”.<sup>24</sup>

Montesquieu, mesmo apregoando a separação dos poderes, defendia o controle mútuo, para evitar abusos. “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”<sup>25</sup>

Para Matos, o racionalismo teria se apegado a pequenos trechos da obra de Montesquieu e os convertido em uma separação rígida de poderes. A ideia básica de Montesquieu não seria a elaboração de uma doutrina racionalista da separação de poderes, mas proteger à liberdade.<sup>26</sup> A fórmula racionalista da separação de poderes teria se materializado na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, que, no seu artigo 16 deixava expresso que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”<sup>27</sup>

No entanto, a proposta de Montesquieu deve ser vista, acima de tudo, como uma proteção da liberdade. A partir da leitura do capítulo *A Constituição da Inglaterra*, na obra *O Espírito da Leis*, é possível identificar três teorias da separação de poderes (ou três partes de uma mesma teoria): uma teoria jurídica; uma teoria social; e uma teoria política.

A *teoria jurídica* seria a classificação dos atos estatais segundo sua natureza em três espécies de atos: legislativos, executivos e jurisdicionais, ou seja, a criação de normas, a aplicação de normas e o julgamento de litígios e crimes com base no direito vigente.<sup>28</sup> Neste aspecto, a teoria da separação de poderes se apresenta-nos como uma especialização de funções.

Na *teoria social* da separação de poderes, os poderes devem ser entendidos como “potências sociais”, e, na França e Inglaterra do século XVIII, podem ser citados o Rei, a Nobreza e o Povo. Segundo a teoria social, a separação de poderes teria como objetivo moderar as três potências sociais no exercício da soberania (que se traduziria no exercício do poder

---

<sup>24</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 168.

<sup>25</sup> Ibid., p. 167.

<sup>26</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O dilema da liberdade: alternativas republicadas á crise paradigmática no direito: o caso da judicialização da política no Brasil*. 2008. 476 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 188 e 190.

<sup>27</sup> Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789). Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 15/1/2015.

<sup>28</sup> MATOS, op. cit., p. 194.

de legislar<sup>29</sup>). Seria exatamente a participação das três potências no processo de elaboração das leis que garantiria a liberdade<sup>30</sup>. De acordo com a teoria social, garantir-se-ia o equilíbrio das forças sociais a partir da participação das classes sociais no processo de elaboração da lei. Assim, a lei já nasceria equilibrada, fruto do equilíbrio das forças sociais, num jogo de harmonização de interesses.

A *teoria política* da separação de poderes seria a precursora da doutrina norte-americana de freios e contrapesos (*checks and balances*), mas com a diferença de que a doutrina americana foi desenvolvida já com a inauguração do constitucionalismo moderno e em uma sociedade não dividida por estamentos.<sup>31</sup>

A doutrina de Montesquieu visava muito claramente à proteção da liberdade, a partir da adoção da técnica do controle, mais marcadamente da limitação do poder pelo poder, que seriam exercidos por pessoas ou órgãos distintos.

A separação dos poderes é adotada pela ideologia liberal como uma forma de contenção do poder absolutista. Através dos mecanismos de especialização de funções e contenção, esperava-se garantir uma esfera de liberdade dos indivíduos. O controle assume assim um aspecto de controle-contenção, o papel da fiscalização seria impedir o uso irregular do poder.<sup>32</sup>

Neste sentido, o controle é orientado pela concepção racionalista de separação de poderes, tendo como norte uma separação rígida de poderes e impregnada da força da lei emanada pelo legislativo.

Conquanto a doutrina racionalista da separação de poderes tenha servido aos propósitos liberais de contenção do absolutismo, atualmente muito se critica a existência de poderes, ou mesmo divisão de poderes. Modernamente tem-se dado preferência em utilizar a expressão especialização de função<sup>33</sup> ao invés de separação de poderes, uma vez que sendo o povo a

---

<sup>29</sup> Explica Matos que é possível ressaltar da obra de Montesquieu que o poder (função) jurídico genuíno é o legislativo; é a única função criativa (o executivo também é num âmbito específico), por isso a importância de tratar o controle do poder como o controle no legislativo. Montesquieu vai mesmo ao extremo de afirmar que o judiciário é um poder “nulo”, isto é, “a boca da lei”. Significa que as decisões políticas são tomadas em outro âmbito e também que o jurídico está subordinado ao político. [...] Assim, uma maneira de garantir que a lei seja expressão da liberdade é dar aos cidadãos o poder de limitá-la; e o controle entre as potências sociais é o controle para que uma potência social não subjugu as demais, usando a lei como instrumento do poder.” [...] “Outro aspecto da teoria social da separação de poderes é que é legatária da teoria clássica do governo misto, isto é, a conjugação perfeita das formas de governo: de um (monarquia), de poucos (aristocracia) e de muitos (povo).” MATOS, op. cit., p. 200-202.

<sup>30</sup> Ibid., p. 198.

<sup>31</sup> Ibid., p. 201.

<sup>32</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 238-239.

<sup>33</sup> Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos in *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1988, 10ª ed.; MOREIRA

única fonte de poder, este seria uno. Nossa Constituição traz expressamente a unicidade do poder uma vez que proclama que todo o poder emana do povo<sup>34</sup>. Assim, o que se teria são funções que são exercidas de forma típica, mas não exclusivas, pelos órgãos estatais. Neste sentido a função de julgar é exercida de forma típica pelo Poder Judiciário, mas de forma atípica pelo Poder Legislativo quando, por exemplo, julga o Chefe do Poder Executivo pelos crimes de responsabilidade.<sup>35</sup> No mesmo sentido, a função legislativa é exercida de forma típica pelo Poder Legislativo, mas de forma atípica pelo Poder Executivo quando, por exemplo, edita medidas provisórias.<sup>36</sup>

Explica Pereira que, a partir do pós-guerra, com a formação do estado social, deixou de ser exigido do Estado somente ações negativas, devendo ele cuidar também de prestações positivas. Assim, a “[...] versão clássica perdeu significado desde o momento em que a centralidade original do Poder Legislativo cedeu lugar à preponderância do Poder Executivo no quadro das relações entre os poderes”.<sup>37</sup> O controle-contenção torna-se insuficiente para assegurar as novas funções assumidas pelo Estado, sendo necessário também o surgimento do controle-promoção.<sup>38</sup>

Esse novo paradigma fez com que se repensasse o núcleo do princípio da separação de poderes: “[...] é a *eficiência* e não a liberdade. A separação de poderes seria, então, um Mecanismo dirigido a atribuir a correta função à correta instituição a fim de melhor servir aos objetivos para os quais a ação coletiva foi tomada.”<sup>39</sup> O objetivo da separação de poderes seria garantir eficiência institucional, seja na limitação do poder seja na promoção das novas atribuições assumidas pelo Estado.

Assim, o paradigma liberal de separação rígida de poderes, principalmente na formulação francesa, teve que se reformular “[...] acarretando a primazia dos mecanismos de cooperação mútua e de outorgas especiais de competências conjuntas sobre técnicas clássicas de bloqueios recíprocos entre os poderes.”<sup>40</sup>

Quebrando a ideia de poderes e adotando a concepção de função para que o Estado, em

NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado: fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 26, n. 103, p. 5-26, jul./set. 1989; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>34</sup> Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único.

<sup>35</sup> Constituição Federal, art. 52, inciso I.

<sup>36</sup> Constituição Federal, art. 62.

<sup>37</sup> PEREIRA. *Direito constitucional democrático*. Op. cit., p. 247.

<sup>38</sup> Sobre controle-contenção e controle-promoção, vide item 4.1.3.1 Controle-contenção e controle promoção.

<sup>39</sup> PEREIRA. *Direito constitucional democrático...*, op. cit., p. 247.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 248.

benefício de seus membros, possa desempenhar de forma mais eficiente suas atribuições, as funções-poderes se multiplicam, com a criação de órgãos independentes, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, que não se encaixariam no mecanismo de tripartição clássica de poderes.<sup>41</sup>

Celso Antonio Bandeira de Melo chama atenção para instrumentalidade do poder. Nossa ordenação normativa impõe uma série de finalidades a serem perseguidas. Estas finalidades são de observância obrigatória pelos diversos agentes estatais. A busca destas finalidades, antes de se constituir em poderes atribuídos aos Estados, tem o caráter de *dever*, caracterizando uma *função*, em sentido jurídico. Significa um comando previamente assinalado pelo ordenamento jurídico a instituição de uma finalidade que *deve ser* obrigatoriamente atendida por alguém, no interesse de outrem. Para realização desse *dever*, o obrigado – aquele que tem que cumprir, em benefício de outrem o *dever* imposto pelo Direito –, necessita manejar poderes, mas somente os indispensáveis à satisfação dos deveres.<sup>42</sup>

Uma vez que o exercício do poder é meramente instrumental, do qual depende a realização dos fins impostos pelo ordenamento, o seu uso não é facultativo, o exercício do poder é um dever. “Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever.*”<sup>43</sup> (destaques do autor)

A concepção de deveres do Estado, ao invés de poderes do Estado, traz em si uma visão diferente da concepção de controle, que ao invés de simplesmente se focar em frear o poder, passar a ter, também, como objetivo, verificar se os “poderes” constituídos cumprem os deveres que lhes foram atribuídos pela Carta Constitucional.

### 3.2 FINS DO ESTADO

Nada mais contraditório do que o enunciado deste tópico – fins do estado – uma vez que

---

<sup>41</sup> Moreira Neto exemplifica outras propostas de separação de poderes: “SAINT-GIRONS, em obra clássica do assunto, que não via mais que duas funções essenciais: editar as leis e fazê-las executar”; a de LUIGI PALMA, que as eleva para seis: o eleitoral, o representativo, o moderador, o governante, o judiciário, o real; a de RMAGNOSI, que subia para nada menos que oito: ‘1º poder ‘determinante’: o Legislativo; 2º poder ‘operante’: o Executivo; 3º poder ‘moderador’, que devia ser exercido por uma espécie de Senado e tinha por função coordenar os demais; 4º poder ‘postulante’: uma espécie de fiscal geral dos interesses políticos; 5º poder ‘judicante’: o Judiciário; 6º poder ‘constringente’: a força pública; 7º poder ‘certificante’, que era exercido por notários, escrivães e outros servidores desse tipo, que praticam atos e fazem declarações com fé pública; e 8º poder ‘predominante’: a opinião pública.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado: fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 26, n. 103, p. 5-26, jul./set. 1989, p.7.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p.13-14.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 14.

o Estado, enquanto arranjo institucional, tem como fim servir de meio.

Várias teorias procuram explicar o surgimento do Estado. Para os contratualistas, o Estado seria fruto de uma convenção entre os membros da sociedade humana. Essa ideia pode ser vista nas obras de Aristóteles, Epicuro, Hobbes, Spinoza, Grotius, Puffendor, Tomasiu, Locke e Rosseau.<sup>44</sup> Há também aqueles, que fundado nas teorias da origem violenta do Estado, consideram que ele teria nascido da violência e da força. Dentre eles podem ser citados Gumplowicz, para quem a origem do Estado está na subjugação de um grupo por outro; *Oppenheimer*, que acrescenta à dominação o fim de exploração econômica do vencido pelo vencedor; *Lester Ward*, no mesmo sentido de *Oppenheimer*.<sup>45</sup>

Ainda nesta mesma orientação, é possível citar a *teoria marxista*. Segundo Engels, o Estado teria surgido da luta de classe, “[...] o Estado é a classe dominante economicamente mais poderosa, que por seu intermédio se converte também em classe politicamente mais forte e adquire novos meios para submeter e explorar a classe oprimida”. No entanto, segundo Azambuja, o próprio Marx e seu companheiro Engels teriam abandonado a interpretação econômica da história, reconhecendo que o fator econômico é somente um fator entre outros fatores.<sup>46</sup>

Não obstante as diversas teorias que procuram justificar o aparecimento do Estado, o fato é que o homem sempre viveu em sociedade, “[...] a sociedade que atinge determinado grau de evolução passa a constituir um Estado. Para viver fora da sociedade, o homem precisaria estar abaixo dos homens ou acima dos deuses, como disse Aristóteles, e vivendo em sociedade, ele natural e necessariamente cria a autoridade e o Estado.”<sup>47</sup>

Se não há consenso teórico sobre o surgimento Estado, sobre sua essência já se encontra um maior consenso: a finalidade do estado seria a realização do bem comum. A dificuldade repousa em conceituar o que seria bem comum.

Para Dabin:

[...] o bem comum consiste, pois, no conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certo instrumento de progresso, que só a força

<sup>44</sup> AZAMBUJA, op. cit., p. 99.

<sup>45</sup> Ibid., p. 100-101.

<sup>46</sup> Ibid., p. 102.

<sup>47</sup> Ibid., p. 109.

coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade.<sup>48</sup>

Acertadamente Azambuja observa que “[...] o bem público é relativo para cada sociedade quanto aos meios de atingí-los e quanto ao seu próprio conceito”.<sup>49</sup> Acrescentamos ainda que o conteúdo além de variar de sociedade para sociedade varia também no tempo.

O Estado Liberal surge como reação ao estado absolutista, seu arranjo institucional tinha como principal objetivo garantir a liberdade dos indivíduos frente aos governantes, por isso, o que se exigia dele era um não-fazer, uma abstenção. Neste sentido os arranjos legais tinham com objetivo proteger o indivíduo do próprio Estado. As atribuições do Estado Liberal se limitavam à segurança e à arrecadação.

A garantia de liberdade almejada pelo Estado Liberal encontra na lei seu principal instrumento. Segundo definição assente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 4º, “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.” E, no mesmo documento, no art. 5º, “a lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é proibido por lei não pode ser impedido, e ninguém será obrigado a fazer aquilo que a lei não determinar.”<sup>50</sup>

A separação de poderes juntamente com a primazia do princípio da legalidade seriam os principais instrumentos garantidores da liberdade, principal função assumida pelas instituições estatais. Os instrumentos de controle foram forjados inicialmente com base nesse paradigma, se consubstanciando basicamente em controle de legalidade.

Explica Pereira que:

[...] ao se reservar à constituição apenas o papel de contenção da atividade estatal e, sobretudo, de sujeição da administração pública a uma legalidade restritiva, a constitucionalidade se confundia com um sistema operacional de controles negativos sobrepostos à função política. A própria temática dos direitos fundamentais integravam a ordem constitucional como um aparato de delimitação e sujeição do poder, por meio de uma declaração formal de direitos políticos e civis, cujo núcleo gravitava em torno dos direitos de propriedade e de liberdade.<sup>51</sup>

Na concepção liberal típica, onde se apregoa um estado mínimo, a lei serve como

<sup>48</sup> DABIN, Jean. *Doctrine Générale de l'État*. Ed. Sirey, Paris, 1939, *apud* AZAMBUJA, op. cit., p. 124.

<sup>49</sup> AZAMBUJA, op. cit., p. 125.

<sup>50</sup> Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, op. cit.

<sup>51</sup> PEREIRA, *Direito constitucional democrático...*, op. cit., p. 237.

instrumento de limitação da ação do Estado e como baliza para o exercício do controle. Mas, com a mudança de paradigma dos fins do Estado, a partir da formação do Estado Social, em que se exige mais do que uma postura negativa das instituições públicas, em que a liberdade do indivíduo passa também pela prestação material do Estado, a letra da lei se torna insuficiente para a garantia da liberdade.

Os direitos assegurados pelo Estado Liberal são os chamados direitos de primeira geração – ou, como querem alguns, dimensão, já que a palavra geração traria consigo a ideia de renovação e sucessão – são os direitos ligados às liberdades civis básicas, surgidos no decorrer do século XVIII, fruto dos movimentos liberais, onde se procurava limitar o poder do monarca absolutista. Tratam-se das liberdades públicas e dos direitos políticos, ligados a um ideal de liberdade.

Os direitos de primeira geração seriam direitos negativos, no sentido de que apenas exigem uma não intervenção, uma abstenção por parte do Estado. Assim, a legalidade estrita se apresentaria como parâmetro para o controle.

Com o Estado Social, surgem os chamados direitos de segunda geração, são os chamados direitos sociais, que estão ligados a demandas por melhores condições de trabalho, serviços de saúde, educação. Busca-se com esses direitos uma melhoria na condição de vida da população, assegurando-lhes direitos a saúde, moradia, alimentação, educação, previdência. Enquanto os direitos de primeira geração se ligariam a um ideal de liberdade, os direitos de segunda geração tratam de um ideal de igualdade, mas no campo material.

A primeira constituição a trazer esses direitos foi a mexicana de 1917, seguida pela alemã de 1919.

Ao contrário dos direitos de primeira geração, que apenas exigiriam uma postura negativa do Estado, os direitos de segunda geração demandariam uma prestação efetiva por parte do poder público, provendo adequados serviços de saúde e educação, por exemplo. Por isso, são comumente denominados direitos positivos.

Somando-se aos direitos de primeira e segunda geração, surgem os direitos de terceira geração, frutos do desenvolvimento tecnológico e do crescimento da sociedade de consumo de massa. São direitos que não dizem respeito ao interesse de uma pessoa individualmente considerada, mas aos interesses coletivos ou difusos, como direito ao meio ambiente, direito de consumo, direito de comunicação. Os direitos de terceira geração ligam-se a um ideal de solidariedade ou fraternidade.



Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.<sup>52</sup>

Norberto Bobbio chama atenção para o surgimento de uma quarta geração de direitos: “[...] se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”<sup>53</sup>.

A insuficiência de um controle pautado na legalidade fica patente com as novas funções assumidas pelo Estado e a consequente ampliação do sentido de bem comum. Não seria mais suficiente apenas garantir que o Estado não interferisse na esfera privada, se tornaria necessária para o exercício do controle a existência de instrumentos que possibilitassem verificar se o Estado cumpriria de forma eficiente as novas tarefas de que lhe foi incumbido. Ao lado dos mecanismos do controle-contenção seria necessário que se pensasse mecanismos de controle-promoção.

E novamente voltamos à questão inicial sobre os fins do Estado, qual seja, a realização do bem comum. Azambuja observa que, quanto às atribuições do Estado, é possível identificar três correntes: a abstencionista, a socialista e a eclética. Na corrente abstencionista, típica do Estado Liberal, o Estado tem como função manter a ordem interna e externa, deixando o resto para a iniciativa individual, nos moldes da tradicional doutrina francesa do *laisse faire*. Na corrente socialista, ocorre a intervenção do Estado em todas as matérias. E na corrente eclética, encontra-se um meio termo. Para que o Estado atinja os seus fins, é necessário nem deixar fazer, nos moldes da teoria abstencionista, nem fazer, como quer a teoria socialista, mas ajudar a fazer, de maneira que a competência do Estado dever ser supletiva, somente atuando quando os particulares não puderem fazer.<sup>54</sup> Assim, as competências que são atribuídas ao Estado para realização do bem comum se ampliam ou se restringem a depender do consenso que se forma em torno do papel do Estado.

O consenso sobre o que, e como, cabe ao Estado executar para a realização do bem comum, o fim do Estado, é de suma importância para que as ações positivas ou negativas se convirjam naquele sentido. Se cada um dos membros da sociedade tiver uma definição

---

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 569.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto – *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 11.

<sup>54</sup> AZAMBUJA, op. cit., p. 129-130.

própria de bem comum, se não forem encontrados minimamente alguns elementos que sirvam de critérios para todos os membros da sociedade, a própria existência do Estado estará comprometida. O controle da atividade estatal passa por esta definição. O constitucionalismo irá contribuir decisivamente como repositório de consenso sobre o caminho a ser trilhado pelo Estado-meio.

A Constituição Federal elege como fundamento do nosso Estado a dignidade da pessoa humana<sup>55</sup> e traça como objetivos a serem perseguidos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional sustentável; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>56</sup> Cabem aos Poderes e órgãos constituídos perseguirem esses objetivos.

### 3.3 CONSTITUCIONALISMO

Explica Luís Roberto Barroso que, no Estado de Direito, nos deparamos com a configuração de um Estado legislativo de direito, que se assentou sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A lei, editada pelo parlamento, legítimo representante do povo, seria o fator de unidade e estabilidade do Direito. O Estado Constitucional de Direito, por sua vez, só se desenvolveria a partir do término da 2ª Guerra Mundial e se aprofundaria no último quarto do século XX, tem por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.<sup>57</sup>

Com o constitucionalismo, a validade da lei já não seria mais pura e simplesmente sua forma de produção, mas, também, a sua conformação com os valores albergados no texto constitucional.

Os Estados Unidos são apontados como o berço do Constitucionalismo escrito. A Constituição americana data de 1787. No entanto, o constitucionalismo norte-americano só ganha sua definitiva feição com a decisão *Marbury versus Madison*, em 1803. “Apenas com a decisão de John Marshall é proclamada a supremacia constitucional.”<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Constituição Federal, art. 1º, III.

<sup>56</sup> Constituição Federal, art. 3º.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, julho/dezembro, 2006.2006, p. 15-16.

<sup>58</sup> MATOS, op. cit., p. 133.

O Reino Unido, por sua vez, conquanto tenha sido precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto, não há ali uma Constituição escrita, pressuposto da constitucionalização do Direito.<sup>59</sup>

Após a 2ª Guerra Mundial, houve uma redefinição do lugar da Constituição. A lei Fundamental de Bonn – Constituição alemã de 1949 – e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, são as principais referências para o desenvolvimento do novo direito constitucional.<sup>60</sup>

Ensina Luis Roberto Barroso que, do ponto de vista teórico, o constitucionalismo apresenta três grandes transformações: o reconhecimento da força normativa da constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>61</sup>

A constituição, antes vista como um documento político, cuja materialização dependia da livre conformação do legislador, ganha força normativa para aplicação direta aos casos concretos. “As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.”<sup>62</sup>

Com a expansão da jurisdição constitucional, o marco para o controle deixa de ser simplesmente a Lei, na concepção liberal de lei, como expressão da vontade geral, de que era portador o Poder Legislativo. O paradigma da legalidade dá lugar ao paradigma da constitucionalidade.

O reconhecimento da força normativa da constituição foi seguido de instrumentos interpretativos aptos a dar eficácia às suas disposições. Isso porque, as normas constitucionais, não raras vezes são enunciadas na forma de princípios.<sup>63</sup> Assim, é que, sem abandonar as tradicionais técnicas de interpretação, se vê surgirem métodos que possibilitam a efetiva aplicabilidade das normas constitucionais: “[...] o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.”<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> BARROSO, op. cit., p. 32.

<sup>60</sup> Ibid., p. 17.

<sup>61</sup> Ibid., p. 20.

<sup>62</sup> Ibid., p. 21.

<sup>63</sup> Sobre a força normativa dos princípios vide o item 3.5.2 Distinção entre princípio e regras e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

<sup>64</sup> Ibid., p. 25.

O constitucionalismo se fez sentir nos Três Poderes, limitando a liberdade de conformação do legislador e impondo-lhe o dever de realizar direitos e programas constitucionais; limitando a discricionariedade da Administração Pública, impondo-lhe, deveres de ação e possibilitando a prática de atos que têm como validade diretamente o texto constitucional, ao invés de ficar dependente da intermediação do legislador ordinário; e servindo de parâmetro para o exercício de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário e condicionando a interpretação de todas as normas do sistema.<sup>65</sup>

O fenômeno do constitucionalismo do direito fez com que a constituição irradiasse sua força axiológica por todos os ramos do direito. No campo do Direito Administrativo, no campo da gestão pública, o gestor se vê impulsionado a transitar do tradicional apego à legalidade para se nortear pela juridicidade, principalmente pela introdução no texto constitucional de princípios que orientam a atuação do gestor. Para além de uma legalidade estrita, os esforços da administração devem ser no sentido de materializar as diretrizes traçadas pela Constituição. O Estado-Administração deve atuar em estrita consonância não só da lei, mas, também, e principalmente, com a Constituição.

Paradigmas antigos sobre os quais se sustentavam a atuação do gestor público são questionados, assim é que se vê mudar a ideia de uma vinculação positiva do administrador à lei para uma vinculação do administrador à Constituição. A intangibilidade do mérito do ato administrativo passa a ser questionada, uma vez que a motivação para a prática do ato administrativo pode ser investigada a fim de que seja certificado se o gestor público obrou no sentido de maximização dos valores constitucionais, observando os princípios ali albergados, como moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade.

Com o constitucionalismo, os valores máximos que vão organizar o Estado passam a constar no corpo de documentos escritos, orientando a ação estatal, na realização do bem comum.

[...] sob a égide da Carta democrática, não adianta invocar a máxima de que lei é lei, pois, sobre ser tautológica, atrai uma irresponsabilidade moral repulsiva, a qual não se coaduna com o patamar evolutivo associado à ótica substancialmente constitucionalista. A salvaguarda do "telos" da Constituição é um imperativo para a própria Administração e dimana, antes de mais, da compreensão unitária do Direito Administrativo como interligação de normas e fins superiores.<sup>66</sup>

O gestor público, antes obrando apenas com base na legalidade estrita, se vê compelido

---

<sup>65</sup> BARROSO, op. cit., p. 31.

<sup>66</sup>FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr.2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=66525>> . Acesso em: 28 ago. 2014, p. 8.

também a ser um intérprete da Constituição para daí extrair o sentido de bem comum. A consequência do constitucionalismo foi a abertura da Constituição aos diversos intérpretes. Conquanto, em nosso sistema jurídico, por força do princípio da inafastabilidade de jurisdição, a última palavra quanto à disposição constitucional seja atribuição do Poder Judiciário, a Constituição se abre aos diversos interpretes, e não sem razão: se na Constituição está disposto o repositório dos fins do Estado, há de ser para a Constituição que as diversas autoridades públicas devam se dirigir a fim de nortear suas ações.

Peter Häberle chama atenção para o fato de que a “a teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimento formalizados”. Ele propõe uma mudança “[...] de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para a sociedade aberta [...]”, pois, “[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”<sup>67</sup>

A Constituição torna-se um lugar comum a ser visitado não só pelos juristas, uma vez que sua materialização é dever de todos os órgãos e entidades estatais.<sup>68</sup> A identificação do chamando interesse público, bem comum, bem de todos, fins do Estado, passa pela leitura do texto constitucional.

A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa. Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores.<sup>69</sup>

Surge para o gestor público o dever de materialização dos programas constitucionais e de agir de acordo com os princípios assentados na Constituição, dentre eles, observar o princípio da moralidade na gestão da coisa pública e gerir os recursos públicos com o máximo

---

<sup>67</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997 (reimp. 2002), p. 12.

<sup>68</sup> Deixamos de adentrar aqui na eficácia das normas constitucionais entre particulares, uma vez que nosso objetivo trata-se do controle da atuação estatal.

<sup>69</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos, *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*. Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Julho / Setembro 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37252>>. Acesso em: 28 ago. 2014., 2006, p. 11.

de eficiência. A Constituição traça não só a noção de bem comum, fins do estado, interesse público, como, também, estabelece a maneira de o gestor público se portar para materialização desses objetivos. Juarez Freitas, fala em direito fundamental à boa administração pública, que levaria à conclusão de que as práticas da gestão da coisa pública devem ser sindicadas sob uma perspectiva constitucional, verificando sua conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas com os demais princípios, objetivos e regras da Constituição.<sup>70</sup>

Esse novo paradigma quebra com a estrita legalidade do Estado oitocentista, fazendo com que fossem repensados os mecanismos de controle da gestão pública. Se sob a égide da Lei bastava o controle de legalidade, agora, com a ideia de vinculação a uma juridicidade, norteada pela Constituição, é necessário que se pense os controles para além do controle de legalidade. Neste sentido é que, no campo do controle financeiro das atividades do Estado, se pensa em controle de legitimidade.

### 3.4 POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO

O positivismo é fruto do racionalismo, que introduz no pensamento jurídico a cientificidade típica das ciências naturais. O racionalismo, principalmente pela influência de Descartes, impulsionou o movimento liberal contestando as credices e principalmente a divindade real. O método científico tornou-se o padrão de descoberta da verdade, a partir da utilização da razão. “Para o positivismo, o direito ou a ciência jurídica deveriam ser vistos como todas as outras ciências naturais, ou seja, como uma força da natureza (social), independentemente da ação e do pensamento humano.”<sup>71</sup>

Explica Barroso que o direito natural foi considerado anticientífico e teve que ceder lugar à ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX e, “em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.”<sup>72</sup>

Na lei, feita pelo povo, por meio de seus legítimos representantes, estaria consubstanciada a vontade geral, e nela deveria ser encontrada a vontade do legislador, evitando-se o arbítrio do juiz, que era visto como mero aplicador do texto legal. “Rousseau converte a lei

---

<sup>70</sup> FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado Administração. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010b. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.1.aspx?pdiCntd=67726>. Acesso em: 28 ago. 2014. p.1.

<sup>71</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermeneutica e argumentação: uma introdução ao estudo do direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003. 2003, p.88.

<sup>72</sup> BARROSO, op. cit., p. 19.

expressão da constituição mista em lei expressão da soberania popular. Assim, a expressão da soberania é a lei, portanto uma supremacia do legislativo sobre o executivo e sobre o judiciário, órgãos aplicadores da lei.”<sup>73</sup>

A lei é tomada como a principal fonte do direito, isto é:

[...] um documento escrito emanado do poder soberano, o rei, aplicando-se a todos os súditos, que estavam igualmente submetidos ao poder do monarca (ao poder do Estado). A concepção liberal (que é também moderna), no entanto, reproduz-se em duas dimensões: como isonomia e como previsibilidade.<sup>74</sup>

O positivismo jurídico aplica ao direito os métodos típicos das ciências naturais e será em Hans Kelsen que irá encontrar a seu maior exponencial.

A doutrina de Kelsen encontrou vários adeptos em diversos países. A racionalidade apresentada de um sistema que busca sempre a resposta no direito positivado, disposto em uma hierarquia de normas tendo no ápice a Constituição e a partir do silogismo – premissa maior, premissa menor e conclusão – se extrairia, de forma científica, o “ser” do “dever-ser”, parecia solução para se eliminar arbitrariedades. Ao intérprete caberia extrair o direito dado pela lei, se valendo dos métodos tradicionais de interpretação.

O Estado de Direito surge como contestação ao poder ilimitado do soberano absolutista. O poder, antes atribuído ao monarca pelo Divino para seu exercício na terra, passa a ser uma expressão da soberania popular. “O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia dos direitos dos indivíduos perante esses poderes.”<sup>75</sup>

A fórmula encontrada para que todos fossem tratados de forma igual, se em situação igual, e de forma diferente, se em situação diferente, foi a submissão de todos à vontade da Lei. Mediante o mecanismo da representação e do processo legislativo, a vontade popular expressa no texto legal passou a ser o limite para a liberdade dos indivíduos e para a ação dos governantes.

Explica Canotilho que:

A lei ocupa ainda um lugar privilegiado na estrutura do Estado de direito porque ela permanece como expressão da vontade comunitária veiculada através de órgãos representativos dotados de legitimação democrática directa. Por outras palavras: a lei emanada dos órgãos da sociedade — os parlamentos — converte-se ela própria em esquema político revelador das propostas de conformação jurídico-política aprova-

<sup>73</sup> MATOS, op. cit., p. 120.

<sup>74</sup> Ibid., p. 118.

<sup>75</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disp.: <[www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf](http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf)> Acesso em: 6 fev. 2014, p. 3.

das democraticamente por assembleias representativas democráticas.<sup>76</sup>

Os arranjos institucionais consolidam a vontade popular, que seria expressa pelo texto da Lei. A partir daí, o fazer ou deixar de fazer não mais dependeria do comando ou da intenção pessoal do governante, mas daquilo que se infere do texto da Lei. E é este arranjo, a expressão da vontade popular no texto da Lei, que teria por objetivo gerar certeza para os indivíduos: certeza quanto ao pagamento ou não de tributos, certeza quanto à prática de delitos, certeza quanto às sanções cominadas, certeza quanto à propriedade, enfim, um conjunto de certezas que possibilita a cada indivíduo planejar o seu futuro, praticar determinado ato e, com base no texto da Lei, esperar uma consequência jurídica.

Sintetiza Matos que:

[...] é a partir da concepção moderna (liberal) de lei que se constrói o paradigma do Estado de direito. E é o liberalismo tardio alemão que conclui a construção da concepção moderna de Estado de direito (*Rechtsstaat*). Adotando, por fim, os seguintes fundamentos: (a) a lei geral e abstrata (prescrita previamente e independentemente de sua aplicação ou dos seus problemas concreto); (b) a supremacia do legislativo sobre os outros poderes; e, portanto, seus colorários: (b1) a separação (rígida) de poderes e (b2) o dogma da neutralidade dos juízes; c) a separação entre Estado e sociedade; e, portanto seus colorários: (c1) a esfera privada delimitada (protegida) por direito e garantias individuais, (c2) a atuação do poder público (da Administração Pública) limitado pela lei (legalidade administrativa) e c3) o poder judiciário independente para aplicar a lei.<sup>77</sup>

Sob esse paradigma, o controle da ação estatal se materializa no próprio controle da legalidade, o gestor público somente poderia fazer aquilo que a lei expressamente determina. Nas palavras de Seabra Fagundes, “administrar é aplicar a lei de ofício”.<sup>78</sup>

No entanto, a lei não se mostra capaz de apreender toda a realidade social, o método indutivo não é capaz de apreender a complexidade da vida. A decadência do paradigma do positivismo é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, que, sob a proteção da legalidade, promoveram verdadeiras barbáries. Ao final da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retomar ao Direito.<sup>79</sup>

No papel de contraposição ao racionalismo positivista, é possível destacar a jurisprudência dos valores. Para Lacombe a jurisprudência dos valores teve o mérito da “introdução do conceito de valor, ainda que visto sob a forma de uma necessidade real e verificável como é o interesse, a simples relação causal entre fato, norma e sentença vem a ser acrescida do

<sup>76</sup> CANOTILHO, *Estado de direito...* op. cit., p. 22.

<sup>77</sup> MATOS, op. cit., p. 121.

<sup>78</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

<sup>79</sup> BARROSO, op. cit., p. 19



papel do valor ou dos valores envolvidos na causa.”<sup>80</sup>

Com essa forma de se pensar a aplicação do direito, surge a chamada Jurisprudência dos valores, que terá em Larenz um dos seus grandes expoentes. “[...] a Jurisprudência dos Valores ou Jurisprudência de Valoração, conforme quer Larenz, trabalhará com as dicotomias valor/realidade, ser/dever ser, natureza/cultura, como campos distintos e sujeitos a formas também distintas de conhecimento.”<sup>81</sup>

A jurisprudência dos valores toma como referência básica a *cultura*. O que foge do sentido cartesiano de ciência, que somente inclui aí as ciências da natureza, a lógica e a matemática, passíveis de se comprovar experimentalmente, controlando-se as variáveis envolvidas, onde observador está afastado do objeto. O esforço de Kelsen foi no sentido de incluir nesta racionalidade o próprio direito e dar-lhe o status de ciência, por isso propõe um estudo puramente da norma.

Mas ao se inserir a *cultura* como elemento conformador do próprio direito, os métodos próprios das ciências naturais seriam, ou melhor, são incapazes de dar conta de apreensão de sua complexidade. Entender que o elemento cultural também condiciona o próprio direito e a justiça é concluir que são necessários outros métodos para apreensão do direito. “As ciências da natureza consideradas em função do seu objeto ser livre de valores e oferecerem sentidos passíveis de demonstração, ao passo que as ciências *finais*, objeto da cultura, possuem objetos somente passíveis de ser *compreendidos*.”<sup>82</sup>

Para Barroso, o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. A interpretação e aplicação do direito passam a ser inspirados por uma teoria de justiça.

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.<sup>83</sup>

Sob a égide desse novo paradigma, o controle da gestão pública reclama outros parâmetros que vão além da concepção oitocentista de lei. Assim, tornou-se necessário se pensar em outros mecanismos de controle de gestão pública, que fosse possível apreender os valores que

---

<sup>80</sup> CAMARGO, op. cit., p. 97

<sup>81</sup> Ibid., p. 118.

<sup>82</sup> Ibid., p. 121.

<sup>83</sup> BARROSO, op. cit., p. 19.

escapavam à mera literalidade da lei.

### 3.5 A FORÇA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são usualmente denominados direitos humanos. Gustavo Amaral explica que “[...] direitos fundamentais é expressão empregada para designar os direitos humanos positivados em uma dada sociedade [...]”. Assevera ele que “[...] a expressão direitos humanos é usada para referir aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, que independem de positivação. Já a expressão direitos fundamentais é empregada para referir aos direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento”.<sup>84</sup>

Sob vários títulos – direitos humanos fundamentais, liberdades públicas, direitos humanos, direitos do homem e do cidadão – os direitos fundamentais ganharam centralidade no debate de proteção dos indivíduos.

Uma das características dos direitos fundamentais é a historicidade. Eles foram surgindo paralelamente à formação do constitucionalismo, encontrando nas cartas constitucionais porto seguro para sua efetivação. Assim é que se veem positivados nas Cartas Constitucionais os direitos de primeira, segunda e terceira geração (ou dimensão), tratando, respectivamente, das liberdades civis básicas, garantias sociais e direitos difusos e coletivos.<sup>85</sup>

O constitucionalismo pode ser apontado como uma das grandes contribuições para a efetividade dos direitos fundamentais. Colocar em documentos escritos as garantias a serem protegidas, como condição de uma vida digna aos cidadãos, fortaleceu a proteção desses direitos.

As constituições americana de 1787 e francesa de 1791 são apontadas como marcos do constitucionalismo, mas outros documentos escritos já traziam garantias fundamentais para os cidadãos como a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra, na Inglaterra, em 1215, que limitava a criação de tributos, ou o *Bill of Rights* (Inglaterra 1688).

A inserção de direitos fundamentais nas constituições brasileiras seguiu o ritmo das gerações citadas. A de 1824, ainda no tempo do Império, trazia apenas liberdades negativas, assim como a de 1891, no início da República. Os direitos sociais foram gradativamente incorporados ao texto constitucional a partir da Era Vargas, Constituição de 1934, culminando

---

<sup>84</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90.

<sup>85</sup> Sobre as gerações dos direitos fundamentais, vide item 3.2 Fins do Estado.

hoje, com a Constituição 1988, uma constituição multicompromissada, que garante desde o direito à vida, direito à saúde para todos, direito ao ensino universal e gratuito a partir da pré-escola ao direito ao meio ambiente equilibrado.

### 3.5.1 Enunciado principiológico dos direitos fundamentais

Conquanto positivados, os direitos fundamentais, por serem muitos deles enunciados na forma de princípios, encontravam, ou melhor, encontram obstáculos à sua efetivação, mormente pelo fato de que a doutrina os aproximava da categoria axiológica.

José Afonso da Silva, com a sua classificação tripla das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada, basicamente relegava os princípios – norma de eficácia limitada – à categoria de valores a orientar a prática legislativa. “Normas de eficácia limitada, por fim, seriam aquelas normas cuja produção plena de efeitos *depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais*.”<sup>86</sup>

Mesmo diante do texto expresso do art. 5º, §1º da Constituição Federal de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”:

[...] a menção a normas de eficácia limitada pelo STF é feita como sinônimo de normas desprovidas de qualquer eficácia, nas situações em que o tribunal se abstém, com base na sua compreensão de separação de poderes, de tomar uma decisão que implique o reconhecimento de alguma eficácia para a norma em jogo.<sup>87</sup>

Assim, inicialmente relegados a valores orientadores, mas sem eficácia imediata, os direitos fundamentais ficavam na dependência do legislador ordinário para sua materialização.

### 3.5.2 Distinção entre princípios e regras e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

O embate entre Hart e Dworkin a respeito das soluções que deveriam ser dadas aos “casos difíceis”<sup>88</sup> deu nova funcionalidade aos princípios. Segundo Hart, diante de determinados casos não regulados pelo direito positivo, o juiz, fazendo uso de seu poder discricionário, deveria “criar o direito” e aplicá-lo ao caso.

Dworkin, por sua vez, buscando superar o positivismo de Hart, eleva os princípios à

<sup>86</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 214.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

categoria normativa (normas são princípios e regras) e aponta a utilização dos princípios como soluções para os casos difíceis. Com isso se queria eliminar a carga de discricionariedade que Hart entendia possuir o magistrado diante da inexistência de norma reguladora de determinado caso concreto.

Coube a Alexy aprimorar o procedimento de aplicação dos princípios. Para Alexy, normas são princípios e regras, a diferença entre essas espécies normativas é qualitativa.<sup>89</sup> “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o deve ser. [...] Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes.”<sup>90</sup>

Princípios são mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (destaque do autor)<sup>91</sup>

Segue o citado autor, diferenciando as regras dos princípios:

[...] as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinação* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>92</sup>

Princípios são mandamentos de otimização que determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, enquanto regras são mandamentos definitivos. Sendo a regra válida, ela deve ser aplicada ao caso, e isso se dá pelo processo de subsunção. “[...] as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”.<sup>93</sup>

Os princípios, por sua vez, estabelecem deveres/direitos *prima facie*. Determinam que algo seja realizado na maior medida do possível. “Os princípios não dispõem da extensão de

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89-90.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 104.

seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.”<sup>94</sup>

A distinção entre princípios e regras também fica evidente no caso de *conflito* entre regras e *colisões* entre princípios.

Os *conflitos* entre regras se resolvem no campo da validade. Se duas regras entram em conflito, e não havendo uma cláusula de exceção, pelo menos uma delas deverá ser declarada inválida.<sup>95</sup> No nosso ordenamento, a Lei de Introdução ao Código Civil traz as normas de prevalência no caso de conflito entre regras: norma especial derroga geral, superior derroga inferior e a norma mais contemporânea derroga a mais antiga<sup>96</sup>. Diz-se que o conflito entre regras resolve-se “na base do tudo ou nada”.

Já a *colisão* entre princípios se resolve atribuindo peso aos princípios colidentes e afastando a aplicação de um deles no caso concreto. Não se quer dizer com isso que o princípio não aplicado perca sua validade, mas que, naquele caso concreto, ele teve que ceder ao princípio colidente, podendo vir a ser aplicado em outros casos. Trata-se de uma *precedência condicionada* às circunstâncias do caso concreto. Explica Alexy que:

Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorreu é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.<sup>97</sup>

Enquanto as regras são aplicadas por subsunção, os princípios são aplicados mediante o *sopesamento*, com base no postulado da *proporcionalidade*, verificando a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade sentido estrito.

Segundo a lei do sopesamento, “[...] quanto maior for o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”<sup>98</sup>

Pelo exame de adequação, verifica-se se a medida escolhida é adequada para fomentar o princípio em colisão. “Essa máxima tem, na verdade, a natureza de critério negativo. Ela elimina os meios não adequados”. A necessidade, por sua vez, “[...] exige que, dentre dois

<sup>94</sup> ALEXY, op. cit., p. 104.

<sup>95</sup> Ibid., p. 92.

<sup>96</sup> Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 2º, §§1º e 2º.

<sup>97</sup> ALEXY, op. cit., p. 93.

<sup>98</sup> Ibid., p. 167.

meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso.<sup>99</sup> Por último, a proporcionalidade em sentido estrito:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não-afetação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro.<sup>100</sup>

Uma das críticas ao sopesamento seria sua falta de racionalidade. Que o sopesamento seria um *decisionismo* disfarçado. Em defesa da técnica prescrita por Alexy, Virgílio Afonso da Silva sustenta que não existe um método que elimine toda a subjetividade e aí se inclui a subsunção (pois carece de interpretação da regra).

O que se pode exigir, portanto, de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, é a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle de argumentação.<sup>101</sup>

A quebra do paradigma no que diz respeito aos princípios, retirando-os da categoria axiológica para a categoria deontológica, albergando-os no texto constitucional, condicionando a ação dos poderes constituídos e a adoção de um ferramental que efetivamente permitisse operacionalizar as normas que apenas garantem algo *prima facie* trazem consigo a necessidade de também se repensar os mecanismos de controle da gestão pública, a fim de verificar se a aplicação do texto da lei observa a força normativa dos princípios consensualmente albergados na Constituição. A Administração, antes autorizada a fazer somente aquilo que a lei determina, passa a buscar a legitimidade de suas ações diretamente da força normativa dos princípios, a fim de materializar os direitos fundamentais.

Esse novo paradigma também aponta para a insuficiência de um controle pautado puramente na legalidade estrita, pois se mostra incapaz de permitir aferir se a gestão pública caminha no sentido determinado pela força normativa dos princípios.

---

<sup>99</sup> ALEXY, op. cit., p. 590.

<sup>100</sup> Ibid., p. 593.

<sup>101</sup> SILVA, *Direito fundamentais...*, op. cit., p. 147-148.

## 4 CONTROLE DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

### 4.1 “CONTRE-RÔLE”

Odete Medauar explica que, etimologicamente, o termo controle é um galicismo. Ao termo “rôle” podem ser atribuídos, segundo o dicionário Quillet, três acepções: “a) peça de pergaminho mais ou menos longa, enrolada ou não, sobre a qual se escreviam os atos, os títulos; b) registro oficial em que se escrevem nomes; c) no âmbito da marinha, o “rôle” de uma equipagem é a lista do estado civil da equipagem.” E prossegue: “[...] o contre-rôle é o registro que efetua o confronto com o registro original e serve para verificar os dados, abreviando-se, depois, essa expressão em controle.”<sup>102</sup>

Para Giannini, “[...] o termo vem do ‘latim fiscal medieval’, (*contra rotulum*, em francês ‘contre-rôle’ – controle), que indica o exemplar do rol dos contribuintes, dos tributos, dos censos sobre a base do qual se verifica a operação do exator.”<sup>103</sup>

Atualmente o termo controle se reveste de diversos sentidos, como dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação, registros, mas, conforme observa Bergeron, todos esses sentidos atribuídos à palavra controle “[...] implicam reforço da ideia etimológica de registro; em que consiste o controle senão realizar uma comparação em vista da busca de adequação ou equivalência entre um ‘rôle’ e um ‘contre-rôle’?”<sup>104</sup>

Bergeron ainda observa que nos sentidos forte de dominar e dirigir, o controlador impõe o “role” ao mesmo tempo em que exerce o controle e nos sentidos fracos de limitar e fiscalizar o controlador apenas exerce o controle, aceitando o “rôle”, tal como é dado.<sup>105</sup>

Ugo Forti conceitua controle como “[...] averiguação da correspondência de um determinado ato ou comportamento a determinadas normas”<sup>106</sup>; para Bergeron o controle consiste em “[...] estabelecer conformidade de uma coisa em relação com a outra coisa; daí a necessidade de um rôle ideal, forma, modelo ou ‘standard’, que serve de medida para compa-

<sup>102</sup>MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

<sup>103</sup>GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 1981. *apud* MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...*, op. cit., p. 13.

<sup>104</sup>GIANNINI, Massimo Severo. *Controllo: Nozioni e Problemi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1974, v. IV *apud* MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...* op. cit., p. 15.

<sup>105</sup>*Ibid*, p. 15.

<sup>106</sup>FORTI, Ugo. I controlli dell’Amministrazione Comunale, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, de Orlando vol. 2, 2ª Parte, 1915 *apud* MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...*, op. cit., p. 15.

ração.”<sup>107</sup>

Verifica-se na ideia de controle a existência de um critério, o “rôle” ideal, que servirá como régua de medida para o exercício do controle.

Segundo Bergeron, no controle há quatro elementos: “1) um termo concreto sobre o qual incidirá o controle; 2) um padrão, um ‘role’ que servirá de ponto de comparação para controlar; 3) a aproximação desses dois primeiros termos, que significa propriamente o ato de controle; 4) a razão de ser, o fim do controle.” A esses elementos Medauar acrescenta ainda mais dois: o agente do controle, o controlador e o agente do ato que é objeto do controle, o controlado.<sup>108</sup>

Para Medauar, o quarto elemento apontado por Bergeron – a razão de ser, o fim do controle – não tem correlação com a essência do controle, uma vez que, no tocante a atuação da Administração Pública, o fim é sempre o interesse público.<sup>109</sup>

Pensamos diferente. Quem controla, controla sempre visando alguma coisa. Tem como alvo um parâmetro, um “rôle”. O interesse público, o bem comum, há sempre que estar presente no *standard* de controle. Assim, a razão de ser do controle não seria mais um elemento como quer Bergeron, mas estaria presente no ‘rôle’.

Medauar, amparada nos estudos de Giannini,<sup>110</sup> questiona se é possível falar em ação de controle que seja desprovida de poder de editar medidas em decorrência do juízo que se formou após a verificação efetuada. A que responde negativamente. Para a autora deve ser qualificada como controle “[...] a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador em decorrência do confronto que realizou.” Nesta acepção, não poderiam ser considerado como instrumentos de controles, por exemplo, pareceres de órgãos consultivos ou consultas a organismos de classe, também estaria de fora o chamado controle social.

Assim, formula um conceito de controle da Administração Pública, segundo o qual “[...] é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência de juízo formado.”<sup>111</sup>

Para Evandro Martins Guerra, o controle pode ser considerado a fiscalização, a inspeção, o exame, o acompanhamento, ou a verificação, que é “[...] exercida sobre determinado

<sup>107</sup> GIANNINI, Controllo... op. cit. *apud* MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...* op. cit., p. 18.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>109</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. Op. cit., p. 20.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 22.



alvo, de acordo com certos aspectos, visando averiguar o cumprimento do que já foi predeterminado ou evidenciar eventuais desvios com fins de correção, decidindo acerca da regularidade ou irregularidade do ato praticado.”<sup>112</sup> Do conceito apresentado, verifica-se a necessidade de um parâmetro, o “que já foi predeterminado”, que irá balizar o juízo de valor a ser formado sobre a existência ou não de irregularidade do ato praticado.

Diógenes Gasparini, ao tratar de controle da Administração, conceitua controle como sendo “[...] a atribuição de vigilância, orientação e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente.”<sup>113</sup> Aqui também podemos destacar a necessidade de critérios como da essência do controle, como legalidade, conveniência, oportunidade, eficiência e a formação de um juízo de valor a respeito daquilo que é controlado, para que seja confirmado ou desfeito.

Em Di Pietro, o controle (também tratando do controle da Administração Pública) “[...] é o poder de fiscalização e correção que sobre ela (a Administração Pública) exercem os órgãos dos Poderes Judiciários, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.”<sup>114</sup> No conceito apresentado, também inerente a ideia de controle, a necessidade de um padrão que sirva de baliza de conformidade. Inerente também ao conceito de controle a possibilidade de correção. Controlar é fiscalizar e corrigir.

Carvalho Filho traça um conceito de controle – da Administração Pública – como sendo “[...] o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.”<sup>115</sup> Para Carvalho Filho, a fiscalização e a revisão são elementos básicos do controle.

A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração. A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo.

Sobressaem dos conceitos citados, a necessidade de um agente controlador que tenha competência para formar juízo sobre determinada situação e impor medidas corretivas a partir

<sup>112</sup> GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 90.

<sup>113</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Mota. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1039.

<sup>114</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 798.

<sup>115</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013.

do juízo formado. Também se destaca a necessidade da existência de cânone, de um “rôle”, um parâmetro que sirva de justificativa para formação do juízo.

Nos países ditos Estados Democráticos de Direito, a competência para o exercício do controle e a possibilidade de imposição de medidas decorrem do ordenamento positivo, como veremos mais adiante. Mas o ponto central de nossa investigação é a delimitação do “rôle”, uma vez que o direito positivo não parece estabelecer de forma suficientemente clara a régua de medida para o exercício do controle legitimidade face aos novos paradigmas que passaram a nortear a gestão pública.

Insistimos que sem o conhecimento prévio do “rôle”, do critério, por parte de controlador e, principalmente, por parte do controlado, a atividade de controle se converte em arbitrariedade.

#### **4.1.2 Critério e princípio da impessoalidade**

Segundo Juarez Freitas, o princípio da impessoalidade deveria ter sido denominado pelo constituinte de princípio da imparcialidade. Este princípio deriva do princípio geral da igualdade. Para a Administração Pública, significa que o gestor deve dar tratamento isonômico a todos.<sup>116</sup>

Não significa que não deva haver distinção, já que a regra de isonomia significa tratar quem se encontrar numa mesma situação de forma igual e quem se encontrar em situação distinta, de forma distinta.

Juarez Freitas aponta ainda alguns dispositivos constitucionais que afirmam o dever de imparcialidade na gestão pública, como a regra do concurso público (art.37, II), dever de realizar as compras públicas mediante processo licitatório, que assegure isonomia entre os fornecedores (art. 37, XXI), proibição de promoção pessoal nas propagandas governamentais (art. 37, §1º).<sup>117</sup>

O princípio da impessoalidade, também determina que “[...] no âmbito das relações jurídico-administrativas, a vontade do agente público, em si mesma, não tenham maior significância ou repercussão, sem prejuízo do inafastável controle da motivação dos atos

---

<sup>116</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 51.

administrativos.”<sup>118</sup>

Para Diógenes Gasparini, o princípio da impessoalidade contém o comando de que “[...] a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou a discriminação de qualquer natureza.”<sup>119</sup>

José Afonso da Silva enxerga no princípio da impessoalidade um comando para que os atos e provimentos administrativos sejam imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade em nome do qual age o funcionário.<sup>120</sup>

Di Pietro chama atenção para o fato de que este princípio tem comportado mais de um sentido. Em um primeiro sentido, ligado à finalidade pública, significa que “[...] a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.” Dá como exemplo o art. 100 da Constituição Federal que regula os pagamentos em estrita observância da ordem de precatório. O segundo sentido é o que José Afonso apresentou.<sup>121</sup>

Por fim, para Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade “[...] traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminação, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis.” Cita como exemplo a exigência de concurso público e a exigência de licitação para aquisições públicas.<sup>122</sup>

O princípio da impessoalidade, como regra de isonomia, de evitar favoritismo ou perseguições, se traduz também na necessária ideia de estabelecimento de critérios. Tornar a coisa impessoal é estabelecer critérios para que todos que se encontrem em determinada situação possam aferir determinada vantagem, cumprir determinada obrigação, se abster da prática de determinado ato.

Os exemplos citados pelos autores – concurso público, procedimento licitatório, pagamentos mediante precários –, trazem a ideia de impessoalidade porque trazem consigo o critério fixado.

No Estado de Direito, a lei, como expressão da vontade popular, é que teve o papel de

---

<sup>118</sup> FREITAS, *O controle dos atos administrativos...*, op. cit., p. 51.

<sup>119</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 63.

<sup>120</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 645.

<sup>121</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit. 68.

<sup>122</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. ref. ampl. Atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104.

retirar da vontade pessoal do governante e tornar a ação impessoal, a partir de estabelecimento de critérios, de maneira que as pessoas não seriam surpreendidas com a vontade pessoal do agente público. A ideia de lei enquanto critério está intimamente ligada à ideia de segurança jurídica. Mas não é a lei que traz segurança jurídica, mas o critério que ela define.

Sob o primado positivista da legalidade, a lei fixava o critério para ação governamental, e, portanto para o exercício do controle do gasto público, mas com a mudança de paradigma para uma vinculação não mais a lei estrita, mas aos valores albergados na Constituição, o critério deixa de ser unicamente a lei para ser o Direito, pautado por um ideal de justiça.

Não obstante essa mudança de paradigma, permanece intacta a ideia da necessidade de existência do “critério”, seja para garantir a impessoalidade, seja para garantir segurança jurídica. Sem a existência de um critério, não há como se falar em controle.

#### 4.1.3 Classificação

A classificação que se segue leva em consideração somente o chamando controle institucional, aquele exercido pelos órgãos estatais, deixando de fora, apesar da indiscutível relevância, o controle social, que entraria na categoria de controle não institucional. O foco da classificação é o controle da Administração Pública.

Segundo Hely Lopes Meirelles, os tipos e formas de controle – ele fala de controle da atividade administrativa – vão variar de acordo com “[...] o Poder, órgão ou autoridade que o exercita, ou o fundamento, o modo e o momento de sua efetivação.”<sup>123</sup>

Quanto ao Poder que exercita o controle, ele será Executivo, Legislativo e Judiciário.<sup>124</sup> Quanto ao fundamento, o controle poder ser hierárquico, resultante do escalonamento vertical dos órgãos, com subordinação dos órgãos inferiores aos órgãos superiores, e o controle finalístico, que é aquele que a administração direta exerce sob as entidades da administração indireta, sem vínculo de subordinação, com o objetivo de verificar o cumprimento das finalidades da entidade controlada.

Quanto à localização do órgão que realiza o controle, temos o controle interno e o controle externo. O controle interno é aquele exercido pelo próprio Poder, dentro de sua

---

<sup>123</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 568.

<sup>124</sup> Aqui é importante destacar mais uma vez que Meirelles está falando de controle da Administração Pública. O controle do Poder Executivo não se resume ao controle da Administração Pública, basta citar o controle que o Poder Executivo exerce sobre a atividade legislativa, mediante o veto presidencial, quando a lei contrariar o interesse público ou estiver viciado por inconstitucionalidade.

estrutura. O controle externo é o que se realiza por órgão estranho a Administração responsável pelo ato controlado, “[...] como por exemplo a apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo; a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação de determinada despesa do Executivo; a anulação de um ato do Executivo por decisão do Judiciário.”<sup>125</sup>

Quanto ao momento em que ocorrem, os controles podem ser classificados em prévios ou preventivos, concomitantes ou sucessivos, subsequentes ou corretivos. E, quanto ao aspecto controlado, Hely fala em controle de legalidade e de mérito.

Di Pietro classifica o controle da administração quanto ao órgão que o exerce, sendo administrativo, legislativo ou judicial. Quanto ao momento, podendo ser prévio, concomitante ou posterior. Apresenta também o controle interno ou externo, quando exercido por órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. Por fim, distingue ainda o controle de legalidade e o controle de mérito. O primeiro pode ser realizado pelos Três Poderes e o segundo somente pela própria Administração, e, com limitações, pelo Poder Legislativo.<sup>126</sup>

Medauar por sua vez propõe uma classificação que procura desvincular as instituições de controle da tradicional separação de poderes, assim é que propõe uma classificação tomando como *critério o agente controlador*, classificando o controle em *interno*, considerado aquele exercido pela própria administração sobre seus órgãos e entidades da administração indireta e o controle *externo*, quando efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, incluindo instituições jurídicas, políticas e técnicas.<sup>127</sup>

Ainda na classificação de Odete Medauar, o controle exercido pelo agente, o controle interno ou externo, pode se revestir das seguintes modalidades: (a) quanto aos aspectos de atuação em que incide: (a.1) controle de legalidade, podendo ser legalidade genérica ou contábil-financeiro; (a.2) controle de mérito; (a.3) controle de “boa administração”, sendo de eficiência e de gestão; (b) quanto ao momento de exercício do controle: (b.1) controle prévio, que se verifica antes da eficácia do ato; (b.2) controle concomitante, que é exercido durante a realização do ato ou adoção da medida; (b.3) controle sucessivo, que é praticado após a edição do ato ou tomada de decisão; (c) quanto a amplitude<sup>128</sup>: (c.1) controle de ato, que seria aquele

---

<sup>125</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 569.

<sup>126</sup> DI PIETRO, *Direito administrativo...* op. cit., p. 798-799.

<sup>127</sup> Odete Medauar chega ainda a mencionar o que ela chama de quase controle, que seria exercido pelo povo, partidos políticos, imprensa, mas que desprovidos de um ou mais elementos caracterizadores do verdadeiro controle. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...*, op. cit., 31-32.

<sup>128</sup> Odete Medauar esclarece ainda que “.. a Administração atua pela atividade das pessoas; mesmo se cogitássemos de uma Administração repleta de computadores, ainda assim necessitaria dos técnicos e operadores; o controle sobre atos ou

que incide sobre atos específicos, considerados isoladamente; (c.2) controle de atividade, que abrange um conjunto de condutas, comportamentos, atuação global; (d) quanto ao modo de desencadear-se: (d.1) controle de ofício; (d.2) controle por provocação; (d.3) controle compulsório, que realiza-se necessariamente no momento oportuno, em atendimento a normas que o disciplinam.<sup>129</sup>

#### 4.1.3.1 Controle-contenção e controle-promoção

Segundo Kurt Eichenberger, seria possível detectar quatro objetivos do controle: (a) a ideia de contenção, bloqueio, (b) a realização de responsabilidade, (c) a promoção de integração “[...] já que os mecanismos de controle configuram meio de produção consenso entre autoridade e povo, bem como criam fundamento de participação dos cidadãos no Estado [...]”, (d) a promoção correta da ação estatal, “[...] para evitar que a Administração Pública não perca o cuidado, a precaução e a fidelidade jurídica em suas atuações.”<sup>130</sup> Pereira, por sua vez, reduz as categorias de controle a duas: *contenção* e *promoção*.<sup>131</sup>

O controle-contenção se dá sob a primazia da proteção da liberdade, no Estado de Direito de feições tipicamente liberal. Os objetivos traçados na constituição eram principalmente a contenção do Estado, que deveria se abster o máximo possível de intervir na esfera individual. À constituição era reservado basicamente o papel de contenção da atividade estatal. Sob esse paradigma, se molda o controle da administração com base no princípio da legalidade, de maneira que o gestor público pudesse fazer somente aquilo que a lei determinasse.

Assim, em face de um Estado do qual se esperava apenas uma postura negativa, a legalidade se mostrava como a principal ferramenta de controle. A fiscalização tinha como objetivo impedir o uso irregular do poder.

Esse foi o paradigma que norteou o controle até aproximadamente o pós-guerra, quando se passou a exigir do Estado mais do que uma abstenção. A partir da inserção dos direitos

---

atividades traz subjacente a fiscalização das pessoas; (...) Nossa diferenciação entre controle sobre atos e controle sobre atividade tem outro sentido, pois diz respeito à amplitude ou extensão do controle que abrange, assim, atos isolados ou conjunto de condutas ou comportamento, ambos decorrentes da atuação de pessoas.” MEDAUAR. *Controle da administração pública...* op. cit., p. 34-35.

<sup>129</sup> MEDAUAR, *Controle da administração pública...*, op. cit., 1993, p. 32-34.

<sup>130</sup> EICHENBERGER, Kurt. Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart. In EICHENBERGER, Kurt. *Der Staat der Gegenwart*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1980, *apud* PEREIRA, *Direito constitucional democrático...*, op. cit., p. 235.

<sup>131</sup> PEREIRA, op. cit., p. 236.

sociais nas Cartas Constitucionais, o Estado passa a ter que realizar obrigações positivas. “Ao redefinirem o critério ontológico do Estado como instância utilitariamente voltada à persecução de fins materiais, tais constituições positivaram princípios de justiça social e previram novos instrumentos para sua concretização.”<sup>132</sup>

Assim é que se vê, ao lado do já tradicional controle-contenção, surgirem os mecanismos de controle-promoção, a fim de aferir se além das necessárias abstenções por parte do Estado, este também cumpriria suas novas atribuições de prestação material assentada no texto constitucional. De certo que as ferramentas utilizadas para o controle-contenção não seriam suficientes para o exercício do controle-promoção.

#### 4.1.3.2 Controle Interno

Segundo a Constituição Federal, na seção que trata “da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração direta e indireta, verificando os aspectos de *legalidade*, *legitimidade* e *economicidade* e, ainda, a aplicação das subvenções e renúncia de receitas, está a cargo do controle externo e do controle interno.<sup>133</sup>

O controle interno é aquele exercido no interior de cada Poder, “[...] é aquele exercido pelo superior hierárquico ou por órgão especializado, mas também subordinado a uma mesma autoridade superior.”<sup>134</sup>

Hely Lopes Meirelles conceitua controle interno como aquele realizado pelo órgão ou entidade responsável pela atividade controlada. “Assim, qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno, como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre o seu pessoal e os atos administrativos que pratiquem.”<sup>135</sup>

Para Medauar o controle interno é a “[...] fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas.”<sup>136</sup>

Bandeira de Mello, ao tratar do controle da Administração Pública, relaciona o controle interno como aquele exercido por órgãos da própria Administração, mas chama a atenção para

<sup>132</sup> PEREIRA. *Direito constitucional democrático*. Op. cit., 243.

<sup>133</sup> Constituição Federal, art. 70, caput.

<sup>134</sup> GOMES, op. cit., p. 28.

<sup>135</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 569.

<sup>136</sup> MEDAUAR, *Controle da administração pública...*, op. cit., p.40.

o fato de que, se levarmos em consideração a administração indireta, haveria um duplo controle interno. O controle interno exercido pelos órgãos que compõem cada entidade da administração indireta e o controle exercido pela administração direta sob a administração indireta. A esse segundo controle, ele denomina de controle interno exterior.<sup>137</sup>

Para Di Pietro, o controle que a administração direta exerce sobre a administração indireta “[...] também chamado de tutela, é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu.”<sup>138</sup>

Ainda segundo a Constituição, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de verificar o cumprimento do plano plurianual, a execução dos programas de governo e do orçamento da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, tendo como foco a eficácia e a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; exercer o controle de operações de créditos, avais e garantias.<sup>139</sup>

Nos termos colocado pela Constituição, o controle interno é controle de natureza administrativa, que se exerce sobre os agentes responsáveis pela execução dos orçamentos. A Constituição de 1988 inovou ao determinar que os três Poderes mantenham sistema de controle interno. A Constituição de 1967, em seu art. 71, fazia menção apenas ao sistema de controle interno do Poder Executivo. A alteração introduzida na Constituição de 1988 reforça o princípio da separação de poderes e a convivência harmônica que deve existir entre eles, de maneira que não é lícito a um órgão de controle interno de um Poder exercer fiscalização sobre os gastos de outro Poder. No entanto, há convivência harmônica, pois os controles internos dos três Poderes devem ser mantidos de forma integrada.

O controle interno se consubstancia no exercício da autotutela administrativa, consolidada no enunciado da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal e se traduz no poder-dever de que a administração está investida de anular seus atos ilegais ou revogá-los por juízo de oportunidade e conveniência.

Esclarece Regis Fernandes de Oliveira que o controle interno poderá ser tanto de legalidade, ensejando a nulidade do ato, quanto de mérito, “[...] em que se apura e afere a legi-

---

<sup>137</sup> MELLO, *Curso de direito administrativo...*, op. cit., p. 803.

<sup>138</sup> DI PIETRO, *Direito administrativo...* op. cit., p. 800.

<sup>139</sup> Constituição Federal, art. 74, I, II, III.



timidade, a conveniência ou a oportunidade da despesa.”<sup>140</sup>

Incumbe também ao controle interno apoiar o controle externo no cumprimento de sua missão, dando ciência ao Tribunal de Contas de qualquer irregularidade ou ilegalidade verificada, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>141</sup> Para Regis Fernandes de Oliveira, este dispositivo serve para evitar prevaricação no serviço público. Assim, diante de ilegalidade ou irregularidade, deve o agente responsável pelo exercício da atividade de fiscalização no âmbito do controle interno dar ciência ao Tribunal de Contas para que ele possa também apreciar a situação tida como irregular.

A Constituição exige que seja relatado ao controle externo tanto as ilegalidades quanto as irregularidades, *verbis*: “[...] os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer *irregularidade* ou *ilegalidade*, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”<sup>142</sup>

Quanto à ilegalidade, o que se infere é que há uma desconformidade, quando se compara a situação fática com a situação prevista na lei (inclusive decretos regulamentares, resoluções, portarias). Mas a que se quis referir o constituinte ao se valer da expressão “irregularidade”? De certo que algo distinto da ilegalidade. Segundo a Constituição Federal, a fiscalização é exercida pelo controle interno (e pelo controle externo) e será realizada tendo em vista a legalidade, a economicidade e a legitimidade, o que nos leva à concluir que a expressão “irregularidade” diz respeito aos atos antieconômicos ou ilegítimos. Não sem razão, está entre as finalidades do sistema de controle interno “[...] comprovar a *legalidade* e *avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.”<sup>143</sup> (destacamos)

Esse esforço hermenêutico e para destacar que, se ao se deparar com qualquer irregularidade (além das ilegalidades) os responsáveis pelo controle interno devem dar ciência ao Tribunal de Contas para que ele exerça a suas atribuições no âmbito do controle externo, há de se esperar que exista um consenso sobre os critérios que balizaram a decisão do controle interno em considerar determinado ato do gestor como antieconômico, e principalmente, para o tema central de nosso estudo, como *ilegítimo*.

---

<sup>140</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 506.

<sup>141</sup> Constituição Federal, art. 74, IV e §1º.

<sup>142</sup> Constituição Federal, art. 74, §1º.

<sup>143</sup> Constituição Federal, art. 74, II.

Os critérios para tomar como ilegítimo um determinado ato de gestão, são os mesmos para o gestor, o controlador interno e o controlador externo.

#### 4.1.3.3 Controle Externo

Para Hely Lopes Meirelles, “[...] controle externo é o que se realiza por órgão estranho a Administração responsável pelo ato controlado, como, por exemplo, a apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo.”<sup>144</sup>

Para Evandro Guerra, o controle externo “[...] é o controle exercido por um Poder ou Órgão distinto, apartado da estrutura do órgão controlado.”<sup>145</sup>

Nas duas concepções apresentadas, o controle externo não está vinculado diretamente a um Poder. Hely Lopes Meirelles faz menção ao controle realizado por órgão, Evandro Guerra refere-se expressamente a Poder e Órgão, numa clara referência aos órgãos autônomos que, conquanto não se configurem em Poder, exercem a função de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas e do Ministério Público. O importante é que o órgão controlador seja apartado da estrutura do órgão controlado, atuando com autonomia.

Vanderlei Siraque, ao tratar do controle externo, o denomina de *controle institucional externo*, para diferenciá-lo do controle social. No controle institucional externo, a competência para o controle recai sobre os próprios poderes estatais enquanto que o controle social é “[...] o controle realizado por alguém que não seja agente público no exercício da função ou órgão do Estado.”<sup>146</sup>

Evandro Guerra faz ainda a distinção entre controle externo em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, o controle externo envolve também o controle que é desempenhado pelo Poder Judiciário sobre os demais poderes e o que é desempenhado pela Administração Direta sobre a Administração Indireta. E, em sentido estrito, o controle externo seria tão só aquele exercido pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas sobre a Administração direta e indireta dos demais Poderes.<sup>147</sup>

O controle externo em sentido estrito é definido com base no art. 71 da Constituição Federal, segundo o qual “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido

---

<sup>144</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 569.

<sup>145</sup> GUERRA, op. cit., p. 93.

<sup>146</sup> SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

<sup>147</sup> GUERRA, op. cit., p. 93.

com o auxílio do Tribunal de Contas da União.” Este controle externo está inserido no capítulo que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Os Tribunais de Contas se inserem no exercício do controle externo, mas exercendo controle administrativo, com foco na atividade financeira do Estado, trata-se da “[...] ação fiscalizadora das finanças públicas, é a vigilância exercida sobre a atividade financeira do Estado, para verificar a sua legalidade, examinar a conveniência dos meios empregados e auxiliar os resultados obtidos.”<sup>148</sup> A partir do avanço da democracia e do desenvolvimento do Estado de Direito houve um incremento das atividades de controle externo, que tem como finalidade garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental.<sup>149</sup>

#### 4.1.3.3.1 Controle parlamentar e controle técnico-administrativo

Celso Antonio Bandeira de Mello distingue o controle externo em controle parlamentar direto, controle exercido pelo Tribunal de Contas e controle jurisdicional.<sup>150</sup> Vislumbra-se de sua classificação que ele exclui do controle externo aquele que é exercido pela administração direta sobre a administração e indireta e diferencia o controle que é exercido diretamente pelo Parlamento daquele que é exercido pelo Tribunal de Contas.

Para ele o controle parlamentar direto envolve<sup>151</sup> a (a) sustação de atos e contratos do Poder Executivo<sup>152</sup>; (b) convocação de Ministros e requerimentos de informações; recebimento de petições, queixas e representações dos administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor<sup>153</sup>; (c) formação de comissões parlamentares de inquérito<sup>154</sup>; (d) autorizações ou aprovações do Congresso necessárias para atos concretos do Executivo<sup>155</sup>; (e) poderes controladores privativos do Senado<sup>156</sup>; (f) julgamento de contas do Executivo<sup>157</sup>; (g) suspensão de destituição (*impeachment*) do Presidente ou Ministros.<sup>158</sup>

Medauar, ao tratar do chamado controle parlamentar da administração, exclui dele “[...] a vigilância que sobre a Administração exercem instituições ou entidades que extraem do

<sup>148</sup> GUERRA, op. cit., p. 29.

<sup>149</sup> Ibid., p. 102 e 108.

<sup>150</sup> MELLO, *Curso de direito administrativo...*, op. cit, p. 806.

<sup>151</sup> Ibid., p. 806 a 809.

<sup>152</sup> Constituição Federal, arts. 49, V, 71, §1º.

<sup>153</sup> Constituição Federal: arts. 50, *caput*, §2º, 58, §2º, IV, V, IV; V.

<sup>154</sup> Constituição Federal, art. 58, §3º.

<sup>155</sup> Constituição Federal, art. 49, I, XII, XIII, XVI, XVII.

<sup>156</sup> Constituição Federal, art. 52, III a IX

<sup>157</sup> Constituição Federal, art. 49, IX.

<sup>158</sup> Constituição Federal, arts. 85 e 86.

Parlamento sua força ou que significariam prolongamento desse Poder (...) é o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas.” Na obra citada, ela denomina de controle parlamentar os mecanismos de fiscalização emanados diretamente das casas legislativas, também chamado de via parlamentar pura.<sup>159</sup>

Carvalho Filho traz importante distinção no âmbito do controle externo, distinguindo entre o controle político e o controle administrativo. O controle político “[...] tem por base a necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.”<sup>160</sup>

O delineamento do controle político se encontra na Constituição, consubstancia no sistema de freios e contrapesos, impedindo que qualquer um dos Poderes cresça em detrimento um do outro. Neste sentido, por exemplo, o Poder Executivo exerce controle sobre o Poder Legislativo ao vetar projeto de lei por considerá-lo contrário ao interesse público; de forma inversa, o Legislativo exerce controle sobre o Executivo, ao derrubar o veto do Executivo. Também seria controle político a nomeação de integrante do Poder Judiciário por parte do Poder Executivo.<sup>161</sup> “O que ressalta de todos esses casos é a demonstração do caráter que tem o controle político: seu objetivo é a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas do país.”<sup>162</sup>

O controle técnico-administrativo, por sua vez, teria outra diretriz, “[...] nele não se procede a nenhuma medida para estabilizar poderes políticos, mas, ao contrário, se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa.”<sup>163</sup> Assim, enquanto o controle político diz respeito a instituições políticas, o controle técnico-administrativo é direcionado às instituições administrativas.

O importante na distinção de Carvalho Filho é que o controle político e o controle técnico-administrativo se encontram em patamares distintos, têm réguas de medição distintas.

Os julgamentos políticos típicos do Poder Legislativo se dariam por critério de conveniência e oportunidade. Os julgamentos dos Tribunais de Contas, por seu turno, devem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica, isto é, “[...] parâmetros de subsunção de

---

<sup>159</sup>MEDAUAR, Odete. Controle parlamentar da administração. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 27, n. 107, p.111-130, jul./set. 1990, p. 112.

<sup>160</sup>CARVALHO FILHO, op. cit., p. 939.

<sup>161</sup>Ibid., p. 939.

<sup>162</sup>Ibid., p. 940.

<sup>163</sup>Ibid., p. 940.

fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais.”<sup>164</sup>

Ensina Hélio Saul Mileski que o controle externo (e aqui apenas se referindo ao controle externo sentido estrito, ou seja, aquele desempenhado pelo Parlamento e pelos Tribunais de Contas) é um controle político e um controle de legalidade, legitimidade e economicidade, sendo o controle político exercido pelo Parlamento e o controle técnico-jurídico de legalidade, legitimidade e economicidade pelo Tribunal de Contas.<sup>165</sup>

Enquanto o Poder Legislativo opera ora no controle político, ora no controle técnico-administrativo-financeiro, os Tribunais de Contas apenas operam no controle técnico-administrativo-financeiro: “[...] trata-se de controle financeiro, tendo natureza técnica, profissional, por abranger aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais.”<sup>166</sup>

O controle político é mais amplo, tem por base a possibilidade de fiscalização e decisão do Poder Legislativo sob atos ligados à função administrativa e de organização Executiva e do Judiciário, como os poderes de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; convocar Ministro de Estado para prestar informações; solicitar informações por escrito a Ministro de Estado; sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; instaurar comissões parlamentares de inquérito.<sup>167</sup>

Assim, há que se fazer distinção entre os juízos oriundos diretamente do Parlamento, em sua maioria juízos políticos, e os juízos emitidos pelas Cortes de Contas, juízos esses exclusivamente técnicos, seja sobre o aspecto de legalidade, economicidade ou *legitimidade*.

Moreira Neto, partindo do art. 70 da Constituição Federal, segundo o qual o controle

---

<sup>164</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano 1, n° 9, dez/2001., p. 2.

<sup>165</sup> MILESKEI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 45, set./out.2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=48444>>. Acesso em: 28 ago. 2014, p. 13.

<sup>166</sup> GUERRA, op. cit., p. 113.

<sup>167</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1002.

externo compete ao Congresso Nacional que o exerce com auxílio do Tribunal de Contas, chega à conclusão de que o Tribunal de Contas emite juízos político e técnico, pois “[...] é inegável que a função de cooperação compartilha a mesma natureza política de controle exercido pelo órgão assistido.”<sup>168</sup> Assim, passa a examinar as competências do Tribunal de Contas.

[...] para nelas distinguir pontualmente *quando a cooperação é apenas técnica*, ou seja, quando o Tribunal de Contas atua como especialista no processamento da *legalidade* e da *economicidade* dos dados contábeis, financeiros, orçamentário e patrimoniais e, assim, despido do caráter decisório de órgão da soberania, ou *quando a cooperação assume natureza política*, ou seja, quando o Tribunal atua na avaliação da *legitimidade* dos dados operacionais da administração financeiro-orçamentária, neste caso, mesmo sem definitividade, *emitindo decisões revestidas do típico caráter de órgãos da soberania*.<sup>169</sup> (destaques do autor)

Pensamos diferente. Mesmo quando atua no controle de legitimidade do gasto público, o Tribunal de Contas deve emitir um juízo técnico, o extraído do ordenamento jurídico, balizado pelos vetores constitucionais, resguardando os juízos eminentemente políticos para o controle parlamentar direto.

## 4.2. TRIBUNAIS DE CONTAS

### 4.2.1 Entidades Fiscalizadoras Superiores

#### 4.2.1.1 Tribunais de Contas e Auditorias-Gerais

As Entidades de Fiscalização Superiores (EFS)<sup>170</sup> correspondem, em vários países, à autoridade incumbida do controle externo da Administração Pública. Geralmente ligadas ao

<sup>168</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O parlamento e a sociedade como destinatários dos trabalhos dos tribunais de contas in O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 109

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>170</sup> Atualmente Alguns organismos internacionais agregam Entidades Fiscalizadoras Superiores para troca de experiências e aperfeiçoamento do controle externo, a exemplo da Organização das Entidades Fiscalizadoras Superiores dos Países do Mercosul e Associados (EFSUR), da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), que é “uma organização internacional autônoma, independente e apolítica, fundada em 1953, com o objetivo de promover o intercâmbio de ideias e experiências entre seus membros, as Entidades Fiscalizadoras Superiores de países de todo o mundo no campo da auditoria governamental.” TORRES, Caroline de Fátima da Silva. Entidades fiscalizadoras superiores dos países integrantes do Mercosul e perspectivas de controle externo a partir do Efsul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 11, 7035-7060. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/modo1\\_cat.php?sid=^152&ssid=114&cid=14](http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=^152&ssid=114&cid=14)> Acesso em 25/2/2015. p. 7037. Podem ser citadas ainda a “OLACEFS - Organização Latino-americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), IDI - *International Development Initiative* - contribui na formação e modernização de Instituições Superiores de Controle de Finanças Públicas, nos países em desenvolvimento (entidade de fomento), EUROSAI - Organização Regional das Instituições Superiores de Controle Financeiro da Europa constituída em Madrid, em novembro de 1990, que integra as Instituições do continente Europeu.” ALMEIDA. Francisco Carlos Ribeiro. O controle de atos de gestão e seus fundamentos básicos. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 30, n. 80, p. 17-50, abr/jun 1999, p. 39

Poder Legislativo, as EFS também aparecem vinculadas ao Poder Judiciário, como é o caso do Tribunal de Contas Português, e se apresentam na forma de Tribunais de Contas ou de Auditoria/Controladorias Gerais.<sup>171</sup>

O sistema de Auditoria-Geral tem origem inglesa e se remonta à idade média, quando teria surgido a fiscalização da atividade financeira do governo exercida pelo *Controller General of the Receipt and Issue of His Majesty's Exchequer* – Fiscal Geral da Receita e da Despesa do Tesouro de sua Majestade.<sup>172</sup>

No sistema Britânico, “[...] o Auditor-Geral funciona como auditor independente do Parlamento para a fiscalização e certificação das contas públicas.”<sup>173</sup> Esse sistema tem predominância nos países escandinavos, Ásia do Sul, Américas, Central, do Sul e do Norte, Pacíficos, países Árabes sob a influência dos Estados Unidos e da Inglaterra.<sup>174</sup>

Alguns países, por razões pragmáticas, mudaram suas estruturas de controle, passando a adotar os modelos de Auditorias-Gerais.<sup>175</sup>

Em zonas de influência de países do sistema anglo-saxônico, não é raro que se assista a um processo de substituição pura e simples de Tribunais de Contas por órgãos singulares do tipo Auditor-Geral, como sucedeu em diversos países da América Latina e ainda, recentemente (1991/1992), ocorreu na Argentina sob a influência dos modelos dos E.U.A, Canadá e México.<sup>176</sup>

No modelo de Auditorias-Gerais, as EFS possuem uma vinculação mais estreita com algum dos Poderes, buscando, com isso, a atribuição de força coercitiva necessária à fiscalização e ao controle. O controle exercido pelas Auditorias-Gerais “[...] geralmente, é destituído de poderes jurisdicionais e coercitivos, sendo de caráter opinativo e consultivo, somente.”<sup>177</sup>

As principais características das Auditorias Gerais, segundo Francisco Almeida, seriam: órgãos monocráticos ou singulares; funcionam, com pouca exceção, em regime de mandato fixo; controle de caráter meramente opinativo ou consultivo, gerando pareceres ou recomen-

<sup>171</sup> TORRES, Caroline de Fátima da Silva. Entidades fiscalizadoras superiores dos países integrantes do Mercosul e perspectivas de controle externo a partir do Efsul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 11, 7035-7060. Disponível em: [http://www.idb-fdul.com/modo1\\_cat.php?sid=52&ssid=114&cid=14](http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=114&cid=14) Acesso em 25/2/2015. p. 7036

<sup>172</sup> MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 217.

<sup>173</sup> ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro. O controle de atos de gestão e seus fundamentos básicos. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 30, n. 80, p. 17-50, abr/jun 1999, p. 40.

<sup>174</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>175</sup> Explica Caroline Torres, que “Desde a consolidação do movimento de globalização e da necessidade da injeção de recursos internacionais nas economias de países em desenvolvimento, tais como os latino-americanos, houve a celebração de tratados e acordos internacionais, a exemplo do Consenso de Washington, para elaboração de medidas de ajuste fiscal das contas públicas, visando a estabilidade institucional e econômica, como garantia de honra aos compromissos firmados com o Fundo Monetário Internacional – FMI”. TORRES, *Entidades fiscalizadoras superiores*, op. cit., p. 7041.

<sup>176</sup> ALMEIDA, op. cit, p. 41.

<sup>177</sup> TORRES, *Entidades fiscalizadoras...* op. cit., p. 7037.

dações; não possuem poderes jurisdicionais nem poder coercivo; e utilizam técnicas de fiscalização e controle mais modernas, adotando conceitos e metodologia de empresas privadas de auditoria (economia, eficiência e eficácia).<sup>178</sup>

O Sistema de Tribunal de Contas “[...] predomina na Europa Continental, com origens no século XIII, em Estados como a Sabóia, Navarra, França e Portugal.”<sup>179</sup>

Segundo Mileski, na França, desde o reinado de Luis IX, adotava-se critério técnico de escrituração das contas mediante o método das partidas dobradas. Ainda no reinado de Luis IX, em 1.256, foram estabelecidas normas rígidas para gestão financeira, chegando a ser considerado por alguns historiadores como a criação de um verdadeiro Tribunal de Contas. Mas foi no reinado de Felipe IV, em 1309, que fora instituído, no âmbito do Conselho do Rei, a *Chambre des Comptes*, para quem os serviços do fisco deveriam prestar contas. A Câmara de Contas passou por evoluções, até que, em 16 de setembro de 1807, Napoleão criou a *Cour des Comptes* “[...] com a organização assemelhada a das Câmaras de Contas, composta de sete membros, escolhidos pelo Senado em lista nacional, cuja estrutura básica permanece até hoje.”<sup>180</sup>

O Sistema de Tribunais de Contas tem predomínio na Europa Continental, África subsaariana de influencia francesa e portuguesa e parte da América do Sul.<sup>181</sup> “O Tribunal [de Contas no Brasil] teria sido criado sob a inspiração dos modelos então (1890) vigentes na França, Bélgica e Itália.”<sup>182</sup>

Segundo Francisco Almeida<sup>183</sup>, em geral, os Tribunais de Contas são órgãos colegiados; seus membros, Ministros ou Conselheiros, ocupam cargos vitalícios; possuem poder coercitivo, que envolve tanto sanções pecuniárias quanto não pecuniárias; são auxiliares<sup>184</sup> ou subordinados ao Poder Legislativo; têm autonomia em relação aos demais Poderes; exercem controle administrativo judicialiforme; possuem poderes jurisdicionais<sup>185</sup> (aqui Francisco Almeida faz questão de destacar que se trata de instância administrativa); e operam mediante procedimento de fiscalização e controle formais, burocráticos e eminentemente legalista.

---

<sup>178</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 41.

<sup>179</sup> Ibid., p. 40.

<sup>180</sup> MILESKI. *O controle da gestão pública*, op. cit., p. 217-218.

<sup>181</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 35.

<sup>182</sup> Ibid., p. 35.

<sup>183</sup> Ibid., p. 35.

<sup>184</sup> Para melhor compreensão da relação entre o Tribunal de Contas no Brasil e o Poder Legislativo, vide item 4.2.5 A natureza dos Tribunais de Contas no Brasil.

<sup>185</sup> Para melhor compreensão sobre a natureza das decisões dos Tribunais de Contas no Brasil, vide item 4.2.6.2 Função jurisdicional.



Ainda segundo Almeida, como características comuns entre os Tribunais de Contas e a Auditorias-Gerais, pode-se destacar que:

[são] órgãos integrados ao aparelho do Estado, normalmente com estatuto constitucional (órgãos de soberania); são órgãos independentes mesmo quando há um estreito vínculo com o parlamento (Auditoria-Geral) ou ao Poder Legislativo (TCU e Tribunais de Contas dos Estados e DF e dos Municípios); têm como função precípua o exercício do Controle Externo da Administração Pública de maneira independente e suprema, pois não estão sujeitos à instrução nem à revisão por parte de qualquer outro órgão quanto ao conteúdo dos juízos que formulam, independentemente da possibilidade de decisões complementares (exceto no que concerne ao controle pelo Judiciário); são órgãos públicos; têm poderes jurisdicionais próprios de um Tribunal ou apenas administrativos e não jurisdicionais. Veiculação de recomendações não obrigatórias, mas que eventualmente são acatadas pelos auditados (de caráter opinativo ou recomendações).<sup>186</sup>

O quadro abaixo demonstra a adoção de Auditoria-Geral ou Tribunal Contas por alguns países e sua respectiva vinculação ou não a um dos poderes Constituídos.

Tabela 1: Vinculação das EFS aos Poderes

Tipos	Poder	Países
Tribunais de Contas	Legislativo	Holanda, Mônaco, Luxemburgo, Itália, Espanha, França, Alemanha, Bélgica, Turquia, Coreia, Malásia, Japão, Moçambique, Zaire, Tunísia, Tanzânia, Senegal, Guiné Bissau, Mauritânia, Marrocos, Ilhas Maurício, Líbia, Gana, Gâmbia, Gabão, Argélia, Benin, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Uruguai, Brasil.
	Judiciário	Grécia e Portugal.
Controladorias	Legislativo	Estados Unidos, Canadá, México, Equador, Venezuela, Argentina, Costa Rica, Honduras, Nicarágua, Zâmbia, África do Sul, Israel, Índia, Paquistão, Inglaterra, Noruega, Dinamarca, Irlanda, Suíça, Islândia, Hungria, Austrália, Nova Zelândia.
	Executivo	Namíbia, Jordânia, Paraguai, Bolívia, Antilhas Holandesas, Cuba, Finlândia, Suécia.
	Independentes (desvinculadas aos Poderes)	Guatemala, Panamá, Porto Rico, República Dominicana, El Salvador, Suriname, Peru, Colômbia, Chile.

Fonte: RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul/set 2002, p. 64.

Segundo Francisco Almeida, o caráter formalista e burocrático que marca o exercício do modelo de Tribunais de Contas teria levado à perda de prestígio deste tipo de instituição, ao passo que o sistema de Auditoria-Geral, marcado pela eficiência de países como Reino Unido, Estados Unidos e Canadá, com técnicas mais modernas, oriundas de empresas privadas com foco numa fiscalização substancial e não meramente formal da boa gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional, teve, no século XX, uma considerável expan-

<sup>186</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 39.

são.<sup>187</sup>

Observa Renato Ribeiro que um e outro modelo têm suas vantagens e desvantagens. A vantagem do modelo dos Tribunais estaria na força coercitiva de suas decisões.

A análise de legalidade e legitimidade vai levar a procedimentos próximos ao do Poder Judiciário, com todos os seus ritos, o que produz um processo decisório mais lento e burocrático. Por sua vez, a ênfase [nas Auditorias-Gerais] no controle da eficiência, eficácia e efetividade nos remete ao bom funcionamento da Administração Pública e às atividades de consultorias e assessorias, porém reduz, sensivelmente, a capacidade de se definir responsabilidades objetivas e impor penas aos responsáveis, no âmbito dos juízos emitidos pelas EFS, o que pode reduzir a efetividade das ações do controle.<sup>188</sup>

Para Renato Ribeiro, o Tribunal de Contas da União assumiu característica híbrida. Um processo decisório típico de Tribunal, com estrutura de fiscalização típica de Auditorias-Gerais. A característica de Auditorias-Gerais se verificaria principalmente na competência para realização de fiscalização e avaliações operacionais e de políticas governamentais.<sup>189</sup>

De fato, essa natureza híbrida se refletirá nos dois principais tipos de fiscalizações adotadas no âmbito do Tribunal de Contas da União, as auditorias de conformidade e as auditorias operacionais.<sup>190</sup>

#### 4.2.1.2 Tribunais de Contas na França, Itália e Bélgica

Conforme apontados por Francisco Almeida, “o Tribunal [de Contas no Brasil] teria sido criado sob a inspiração dos modelos então (1890) vigentes na França, Bélgica e Itália.”<sup>191</sup>

A Corte de Contas da França (*Cour des Comptes*), conforme já registramos, foi criada por Napoleão em 1807. Para entender o modelo francês é necessário considerar que lá existe um modelo dual de jurisdição, com jurisdição judicial e jurisdição administrativa. Explica Di Pietro, que “o apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa [...] ao lado da jurisdição comum [...]”<sup>192</sup>

Os pós-revolucionários entenderam que, pelo princípio da separação de poderes, não

<sup>187</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 41.

<sup>188</sup> RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul/set 2002, P. 63.

<sup>189</sup> MILESKI. *O controle da gestão pública*, op. cit., p. 219.

<sup>190</sup> Vide item 6.1.2 Auditoria de conformidade e auditoria operacional: entre o exame de legalidade e o de legitimidade.

<sup>191</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 35.

<sup>192</sup> DI PIETRO, *Direito administrativo...* op. cit., p. 4.

caberia ao Poder Judiciário apreciar os casos que envolvessem a Administração Pública.<sup>193</sup> Inicialmente a própria Administração resolvia seus conflitos, posteriormente foi criado o Conselho de Estado, que, a partir de 1872, passa exercer verdadeiramente uma função jurisdicional.<sup>194</sup>

A Corte de Contas francesa exerce verdadeira jurisdição – poder de dizer o direito – e suas decisões são passíveis de revisão pelo Conselho de Estado, assim como as decisões dos Tribunais Administrativos, que são a primeira instância do contencioso administrativo.<sup>195</sup>

A fiscalização exercida pela Corte francesa se dá após a realização da despesa, ou seja, *a posteriori*<sup>196</sup>, com atribuições administrativas e jurisdicionais. “As administrativas ocorrem sobre os ordenadores. As jurisdicionais sobre os contadores, que são os pagadores. Por esse fator de fiscalização resulta um princípio de contabilidade pública: a autoridade que ordena a execução da despesa não pode ser a mesma que efetua o pagamento.”<sup>197</sup>

Explica Medauar, contudo, que na função de julgamento dos contadores públicos, cabe julgar somente a regularidade objetiva das contas, não a culpabilidade subjetiva do contador.<sup>198</sup>

Os membros da *Cour des Comptes* são recrutados via Escola Nacional de Administração, seus magistrados gozam de vitaliciedade.<sup>199</sup>

Do ponto de vista institucional, a Corte de Contas se situa, na Constituição, no título referente às Relações entre o Parlamento e o Governo, mas é independente de qualquer poder, não há se quer menção na doutrina de se tratar de órgão auxiliar do Legislativo ou do Executivo.<sup>200</sup>

A fiscalização orçamentária na França também conta com a figura da Corte de Disciplina Orçamentária, criada em 1948 e com competência ampliada em 1971. Tem a competência de apurar a responsabilidade dos ordenadores, estando sob sua jurisdição os

---

<sup>193</sup> Segundo o art. 23 da Lei Francesa de 16-24 de agosto de 1970 “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivos das funções que estes exercem.” DI PIETRO, *Direito administrativo*, op. cit., p. 4.

<sup>194</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo*, op. cit. p. 5.

<sup>195</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, 149.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>197</sup> MILESKY, op. cit., 221.

<sup>198</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...* op. cit., p. 124.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 126.

funcionários que atuam na execução do orçamento, agentes de entidades que recebem recursos do orçamento, e os agentes de entidades cujos resultados interessam ao Tesouro, a exemplo das sociedades de economia mista.<sup>201</sup>

As decisões da Corte de Disciplina Orçamentária têm natureza jurisdicional, com autoridade de coisa julgada, mas com recurso para o Conselho de Estado. Metade dos Membros da Corte de Disciplina é oriundo da Corte de Contas, a outra metade, do Conselho de Estado.<sup>202</sup>

Na Itália, a criação da *Corti dei Conti*, em 1862, logo após unificação do Reino Italiano, teve nítida influencia francesa. Ali, como na França, tem se admitido uma jurisdição para a Corte de Contas. Segundo a Constituição Italiana, a Corte de Contas de Contas possui jurisdição nas matérias de contabilidade pública e outras que a lei especificar.<sup>203</sup>

O controle pela Corte de Contas se dá de forma preventiva ou *a posteriori*. O primeiro, no decorrer da execução orçamentária e o segundo, é efetuado sobre as contas do exercício financeiro encerrado.<sup>204</sup>

A *Corti dei Conti* aparece na Constituição italiana (1948), na parte referente a “O Governo”, na “Seção III – Os Órgãos Auxiliares”, que estabelece, em seu art. 100, que:

O Tribunal de Contas (*Corti dei Conti*) exerce o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo, e também aquele sucessivo sobre a gestão do orçamento do Estado. Participa, nos casos e nas formas estabelecidas pela lei, do controle sobre a gestão financeira das entidades, para as quais o Estado contribui em via ordinária. Relata diretamente às Câmara o resultado do controle realizado. A lei assegura a independência destas duas [Conselho de Estado e Corte de Contas] instituições e dos seus integrantes perante o Governo.<sup>205</sup>

Aparece também no art. 103, juntamente com o Conselho de Estado, na parte que trata da “Magistratura”, na “Seção I – A Organização Jurisdicional”:

O Conselho de Estado e os demais órgãos da justiça administrativa têm jurisdição para a tutela, perante a administração pública, dos interesses legítimos e, para particulares matérias indicadas pela lei, também dos direitos subjetivos. O Tribunal de Contas tem jurisdição nas matérias de contabilidade pública e nas outras especificadas pela lei.<sup>206</sup>

Assim, ao menos em matéria de contabilidade pública, seria possível falar em jurisdi-

<sup>201</sup> MEDAUAR, *Controle da administração pública...*, op. cit., p. 125.

<sup>202</sup> Ibid., p. 125.

<sup>203</sup> MILESKY, *O controle da gestão pública...*, op. cit., p. 222.

<sup>204</sup> Ibid., p. 222.

<sup>205</sup> ITÁLIA. Constituição da República Italiana (1948). Disponível em: < <https://www.cidadaniaitaliana.me/dicas/constituicao-1-da-republica-italiana-1948-versao-em-portugues/> > Acesso em: 27/2/2015

<sup>206</sup> Ibid.

ção da *Corti dei Conti*. Ainda segundo a Constituição Italiana, em seu art. 111, das decisões do Conselho de Estado e da *Corti dei Conti*, cabem recurso à Corte de Cassação, mas “admitido unicamente por motivos de jurisdição.”<sup>207</sup>

“A Corte de Contas Belga tem sua instituição consagrada em nível constitucional desde 7 de fevereiro de 1883.”<sup>208</sup> Se aproxima do modelo italiano, com funções jurisdicionais e administrativas. No entanto, a Corte Belga exerce o controle predominantemente mediante o exame prévio, na forma de visto sobre todas as despesas.<sup>209</sup> Mas o Conselho de Ministro pode determinar o pagamento rejeitado.<sup>210</sup>

Segundo Medauar, a jurisdição exercida pela Corte de Contas é administrativa. Ao fim dos seus mandatos, os contadores devem apresentar as contas para serem julgadas. Por decisão definitiva, a Corte os libera ou os declara em débito, obrigando-os a recolher a quantia devida em prazo determinado, podendo ainda aplicar multa e impor medidas disciplinares aos contadores negligentes. Da decisão da Corte de Contas, cabe recurso para a Corte de Cassação. Se esta, por sua vez, anular, por razões de direito, a decisão da Corte de Contas, o assunto será necessariamente submetido a uma Comissão especial formada pela Câmara de Representantes (Deputados), que julgará em última instância, o que se permite deduzir que, no caso da gestão dos contadores, a última palavra cabe ao Legislativo.<sup>211</sup>

Entre as atividades administrativas exercidas pela Corte Belga, pode ser elencada a redação da prestação de contas geral do Estado, que antecede à votação que é realizada pelo Parlamento.<sup>212</sup> A Corte de Contas exerce também a fiscalização sobre as contas das empresas estatais; realiza auditoria *in loco*.

Os membros da Corte de Contas Belga são nomeados pela Câmara de Deputados, mas um mandato de seis anos, que pode se renovado indefinidamente. Eles são escolhidos dentre os funcionários mais experientes da própria Corte (este critério de escolha não está na lei, trata-se de uma regra costumeira).<sup>213</sup>

---

<sup>207</sup> ITÁLIA, op. cit.

<sup>208</sup> FERNANDES, op. cit., p. 151.

<sup>209</sup> Ibid., p. 152.

<sup>210</sup> MEDAUAR, *Controle da administração pública...*, op. cit., p. 123

<sup>211</sup> Ibid., p. 122-123.

<sup>212</sup> Ibid., p. 121.

<sup>213</sup> Ibid., p. 120.

#### 4.2.2 Evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil: do controle formal ao controle de legitimidade do gasto público.

A *Magna Charta Libertatum* imposta ao rei João São Terra já contemplava medidas que se preocupavam com a instituição de autorização para que o rei implementasse a cobrança de impostos destinados ao custeio do gasto público.<sup>214</sup> Em Portugal, no século XIII, já se tem o embrião das modernas instituições de controle financeiro. Segundo Franco, na Espanha, no século XV, foi criada instituição superior de controle com a denominação de Tribunal de Contas. Posteriormente, instituições similares foram criadas, como na Prússia (1714), Áustria (1761), França (1807), Holanda (1814), Finlândia (1824), Bélgica (1830), Grécia (1833), Luxemburgo (1840), Portugal (1842), Dinamarca (1849), Itália (1862), Reino Unido (1866)<sup>215</sup>, Irlanda (1921), Suécia (1921), Estados Unidos (1921).<sup>216</sup>

No Brasil, o Tribunal de Contas foi criado em 1890<sup>217</sup>, pelo Decreto nº 966-A, por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, ingressando no texto da Constituição de 1891.

Segundo o art. 2º do Decreto 966 A, de 7 de novembro de 1890, o Tribunal de Contas deveria realizar controle prévio das ordens e avisos que pudessem criar despesas ou interessar às finanças públicas, fazendo um exame de legalidade<sup>218</sup> e verificando se os gastos não excediam os créditos orçamentários.

Rui Barbosa apontava à época dois modelos de Tribunais de Contas, o francês e o italiano. O primeiro se limitando a impedir que as despesas fossem ordenadas além da previsão orçamentária; e o segundo, indo muito mais longe: “[...] antecipa-se ao abuso, atalhando

<sup>214</sup> BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da união europeia*. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 2.

<sup>215</sup> Segundo Pedro Humberto Teixeira Barreto, de acordo com o *National Audit Office*, a função de auditor das contas públicas no Reino Unido está oficializada desde 1780. BARRETO, op. cit., p. 3

<sup>216</sup> BARRETO, op. cit., p. 3.

<sup>217</sup> Conforme aponta Rui Barbosa, na exposição de motivos do Decreto 966-A/1890, já em 1845, sob a batuta de Manuel Alves Branco, entrava na ordem de estudos parlamentares a criação de um tribunal de contas. BRASIL. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 1, n.1, p. 253-262, 1970, p. 254. Alfredo Cecílio Lopes *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998., p. 718, relata que “a tentativa de instituir Tribunal de Contas, no Brasil, por primeira vez foi ideia dos Senadores do Império, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges em 1826.”

<sup>218</sup> Na exposição de motivos do Decreto 966-A/1890, Rui Barbosa já deixava transparecer a necessidade de um controle do gasto público para além do mero controle de legalidade. Ele via no orçamento público uma forma de controle de excessos: “Cumpra acautelando e vencer esses excessos, quer se traduzam em atentados contra a lei, inspirados em aspirações opostas ao interesse geral, quer se originem (e são estes porventura os mais perigosos) em aspirações de utilidade pública, não contidas nas raias fixadas à despesa pela sua delimitação parlamentar.” BRASIL. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU, op. cit., p. 253.

em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal.”<sup>219</sup>

O notável baiano ainda chama atenção para o fato de que, na Itália, a *Corte dei Conti* não se limitava aos atos propriamente financeiros do governo, e, uma vez transposto esta divisa, sua atuação seria passível de crítica, pois poderia converter-se em obstáculo à administração, assim, “[...] melhor é encerrar a nova autoridade no limite natural das necessidades que reclamam, isto é, reduzir a superintendência preventiva do Tribunal de Contas aos atos do governo, que possam ter relação com o ativo ou passivo do Tesouro.”, mas feita essa ressalva, apostava-se no modelo italiano.<sup>220</sup>

A característica marcante do modelo francês é que ele adota um sistema de controle *a posteriori*. Já o modelo italiano adota um modelo de sistema de controle *a priori* do gasto público e com veto absoluto. Um meio termo é o modelo Belga, que adota o modelo de controle prévio e utiliza o veto relativo e registro sob protesto.<sup>221</sup>

A Constituição de 1891 trazia, no título “das disposições gerais”, em seu art. 89, a instituição do Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e da despesa e verifica a sua legalidade.

Explica Maranhão que, com o Regulamento 1.166, de 17 de dezembro de 1892, que dispunha sobre o Tribunal de Contas, foi-lhe atribuído exame prévio e veto absoluto, contudo, segundo o mesmo autor, nova Lei Orgânica, a de nº 392, de 8 de outubro de 1896, “[...] optou pelo sistema de exame prévio e veto relativo ou de registro sob protesto, sendo que legislação posterior, introduzindo exceções ao exame prévio, tornou eclético o sistema brasileiro.”<sup>222</sup>

Na Constituição de 1934, o Tribunal de Contas aparece no título da organização federal, no capítulo “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, nos arts. 99 a 102, com a competência de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Era também incumbência do Tribunal realizar o registro prévio de contratos que interessassem à receita ou à despesa, como condição de aperfeiçoamento do contrato, bem com proceder ao registro prévio de atos da administração pública que resultassem em obrigações de pagamento pelo tesouro nacional.

O veto ao registro de contratos não era absoluto, pois a recusa ao registro, apesar de

<sup>219</sup> BRASIL. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. op. cit., p. 257.

<sup>220</sup> BRASIL. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. op. cit., p. 257-260.

<sup>221</sup> MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. Revista Informação Legislativa. Brasília a.29 n. 113 jan/mar 1992, p. 329.

<sup>222</sup> Ibid., p. 329.

suspender a execução do contrato, ficava ainda sob a necessidade de exame do Poder Legislativo.

Quanto ao veto ao registro de ato da administração, se a recusa de registro tivesse como fundamento a falta de saldo no crédito orçamentário ou a imputação de crédito impróprio, seu caráter era absoluto, mas se a recusa tivesse outro motivo, o veto era relativo, pois a despesa poderia se efetuar após despacho do Presidente da República, com registro sob reserva do Tribunal e recurso *ex-officio* para a Câmara de Deputados.

Por fim, o Tribunal de Contas ainda tinha a atribuição de emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, cujo julgamento estava a cargo do Poder Legislativo.

A Carta de 37, por sua vez, dispôs sobre o Tribunal de Contas no art. 114, situando-o logo após os órgãos que compunham o Poder Judiciário, atribuindo-lhe a competência para acompanhar a execução orçamentária, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros públicos ou bens públicos e julgar a legalidade dos contratos celebrados pela União. Não faz menção à emissão de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República.

Com a Constituição de 1946, “o Tribunal de Contas passou a ser regulado no Poder Legislativo<sup>223</sup>, como órgão de fiscalização orçamentária deste.”<sup>224</sup> Segundo o art. 22, a “administração financeira, especialmente a execução orçamentária, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas...”. As competências do Tribunal passam a figurar na seção que trata do orçamento, art. 77, sendo sua atribuição acompanhar e fiscalizar a execução orçamentária; julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos; julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

No que diz respeito aos contratos que interessam à despesa ou à receita, volta a ser consignada na Constituição a necessidade de seu registro prévio pelo Tribunal de Contas como condição de aperfeiçoamento. A recusa de registro suspenderia a execução do contrato até o pronunciamento do Congresso Nacional.

Quanto aos atos da administração que importassem obrigações de pagamento para o Tesouro Nacional, ficava ele sujeito a registro, pelo Tribunal, mas o registro poderia ser prévio ou posterior, a depender do que disciplinasse a Lei.

---

<sup>223</sup> A localização institucional dos Tribunais de Contas varia a depender do país, na Grécia e em Portugal, por exemplo, os tribunais de contas são integrantes do Poder Judiciário. Na França, a *Court des Comptes* não integra nenhum dos três Poderes, assistindo ao parlamento e ao governo na fiscalização das leis orçamentárias. BARRETO, op. cit. 89 e 91.

<sup>224</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1946*. v. 5. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 12.



Assim como na Constituição de 1934, a recusa de registro por falta de saldo no crédito orçamentário ou por imputação a crédito impróprio tinha caráter absoluto, mas se fosse outro o fundamento da recusa, o veto era relativo, podendo ser efetuada a despesa após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.

Retoma também, a Constituição de 1946, a competência dos Tribunais de Contas para emissão de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, cujo julgamento estava a cargo do Congresso Nacional.

Segundo Jarbas Maranhão, com a Constituição de 1946, os Tribunais de Contas conjugavam todos os elementos dos sistemas clássicos, ou seja, exame prévio e posterior, veto absoluto e veto relativo com registro sob protesto.<sup>225</sup>

A Constituição de 1967 já traz em seu texto distinção entre controle externo e controle interno. Segundo o art. 71, a fiscalização financeira e orçamentária da União seria exercido pelo Congresso Nacional através de mecanismos de controle externo e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo.<sup>226</sup> No exercício do controle externo, o Congresso Nacional receberia o auxílio do Tribunal de Contas.

De acordo com a Constituição de 1967, art. 71, §1º, o controle externo compreendia “a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções financeiras e orçamentárias e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.”

Ao Tribunal de Contas competia a emissão de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, para julgamento pelo Congresso Nacional; a auditoria financeira e orçamentária sobre as contas dos Três Poderes; e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis (art. 72). Também lhe incumbia a verificação de ilegalidade da despesa, devendo assinar prazo para o exato cumprimento da lei, podendo sustar o ato ilegal, caso não fossem adotadas, pela autoridade competente, as providencias para sanar a ilegalidade apontada (art. 73, §5º, a, b). No entanto, o Presidente da República poderia ordenar a execução do ato tomado como ilegal, *ad referendum* do Congresso Nacional. (art. 73, §7º).

No caso de contrato, as medidas para resguardar os objetivos legais deveriam ser tomadas pelo Congresso Nacional, que deveria deliberar sobre o assunto no prazo de trinta dias,

---

<sup>225</sup> MARANHÃO, op. cit., p. 330.

<sup>226</sup> A Constituição de 1967, diferente da Constituição de 1988, vincula o controle interno apenas ao Poder Executivo. A Constituição de 1988, fala em um sistema de controle interno dos Três Poderes.

sob pena de se considerar insubsistente a impugnação (art. 73, §7º).<sup>227</sup>

A Constituição de 1967 abandona a sistemática de registros prévios de atos da administração pública que interessavam à receita e a despesa, inclinando-se pelo controle posterior, notadamente quando se vê expresso no §4º, art. 72, que “no exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.”<sup>228</sup>

No lugar de fazer registro prévio dos atos da administração pública, a Constituição de 1967 atribui ao Tribunal de Contas a competência para realizar auditorias diretamente nas unidades orçamentárias. Seabra Fagundes, em conferência realizada no Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócio Interiores, em 26 de outubro de 1955, deixava patente a necessidade de se instrumentalizar as Cortes de Contas com ferramentas de controles mais efetivas.

O atual contrôle, adstrito à legalidade, leva êsse órgão a homologar contratos, cuja falta de lisura é manifesta, mas cuja exterioridade se afigura regular. É preciso que, de permeio com negócio prejudicial ao interesse da Fazenda, surja algum êrro de forma para que se chegue à recusa do registro. Dever-se-ia permitir à Côrte a determinação de diligências, *in loco*, a fim de verificar o exato emprego das dotações para obras públicas, quando dúvidas fossem argüídas quanto à utilização efetiva dos créditos orçamentários.<sup>229</sup>

Os controles exercidos pelo Tribunal até então se consubstanciavam em controles meramente formais de averiguação de autorização de despesas, mormente a sua comparação com a autorização na lei orçamentária. O parâmetro suficiente para o controle estava centrado na legalidade.

Mesmo na Constituição de 1967, onde se tem uma ampliação das atividades do Tribunal, atribuindo-lhe competência para realização de auditoria diretamente nas contas dos três Poderes, trata-se de auditorias de escopos orçamentário e financeiro, o que demonstra o tom formal-legalista que ainda tomava conta dos trabalhos da Corte de Contas.<sup>230</sup>

Raimundo de Menezes Vieira, então Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, apontava em artigo publicado na revista daquele Tribunal, no ano de 1981, a necessidade de se repensar as atividades do controle externo, para ele o avanço intervencionista no

<sup>227</sup> Com a Constituição de 1988 essa lacuna acaba por ser suprimida, pois, não manifestando o Congresso Nacional sobre a irregularidade no contrato, no prazo de 90 dias, caberá ao Tribunal de Contas decidir a respeito. (CF/88, art. 71, §2º).

<sup>228</sup> MARANHÃO, op. cit., p. 330.

<sup>229</sup> FAGUNDES, Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial, p. 87-109. Rio de Janeiro, 2013, p. 101.

<sup>230</sup> Sobre os tipos de auditorias que podem ser realizadas atualmente pelos Tribunais de Contas, vide item 6.1.2 Auditoria de conformidade e auditoria operacional: entre o exame de legalidade e o de legitimidade.

domínio econômico por parte do Executivo era assunto que preocupava o Legislativo desde 1965. Asseverava que o controle interno possuía uma abrangência, em extensão e em atribuições, muito maior do que o que competia ao controle externo,<sup>231</sup> como exemplo cita o art. 25 do Decreto-Lei 200/1967. E chama a atenção quanto às limitações do controle interno em fiscalizar a alta administração e da necessidade de se pensar as competências do Tribunal de Contas para além da conformidade legal.<sup>232</sup>

A abertura democrática, que culminou com a Constituição de 1988, deu novos contornos ao Tribunal de Contas. Situado-o no capítulo que trata do Poder Legislativo, na seção “Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, o Tribunal de Contas, em auxílio ao Congresso Nacional, no exercício do controle externo, conta com as atribuições (art. 71) de emissão de parecer prévio anual nas contas do Presidente da República; julgar as contas dos demais administradores responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos; apreciar, para fins de registro, a legalidade atos de admissão de pessoal e de concessões de aposentadoria, reformas e pensões; realização de auditorias contábil, financeiras, orçamentária, operacional e patrimonial; fiscalização das empresas supranacionais; fiscalização de repasses da União realizados mediante convênio ou outro instrumento congêneres.

Ainda lhe incube assinar prazo para que órgão ou entidades cumpram a lei, caso verificada a ilegalidade, e sustar, se não atendida a determinação, o ato impugnado, dando ciência à Câmara e ao Senado.

Mas a competência para sustar, continua sendo referente somente a atos. A Carta de 88 manteve a sistemática de sustação de contratos, como atribuições do Congresso Nacional. No entanto, suprimiu a lacuna que havia na Constituição de 1967, pois, caso o Congresso Nacional não tome providência no prazo de noventa dias, o Tribunal de Contas deve decidir a respeito (art. 71, §§1º e 2º).

A Constituição de 1988 manteve a inexistência de registro prévio da despesa. No entanto, conforme salienta Maranhão, a possibilidade de realizar auditorias e inspeções *in loco* nas unidades administrativas dos Três Poderes, sem provocar protelações no ritmo da administração, substitui, com vantagem, o registro prévio.<sup>233</sup>

Aos Tribunais de Contas foi atribuído expresso poder sancionatório, cabendo a eles

---

<sup>231</sup> Sobre a distinção entre controle interno e controle externo vide itens 4.1.3.2 Controle interno e 4.1.3.3 Controle externo.

<sup>232</sup> VIEIRA, Raimundo de Menezes. As funções do controle externo. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. V.11, p.5-9, ano 1981, p. 5-7.

<sup>233</sup> MARANHÃO, op. cit., p. 330

“aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade da despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”, com decisão com força de título executivo extrajudicial (art. 71, VIII, §3º).

A Constituição de 1988 inova ao fazer expressa menção ao controle de legitimidade da despesa. Para além de um controle de legalidade, o art. 70 da constituição federal passou a exigir que os Tribunais de Contas apreciassem, também, os aspectos de economicidade e de legitimidade do gasto público.

#### **4.2.3 Os Tribunais de Contas na Constituição de 1988**

Os Tribunais de Contas estão inseridos na Constituição, na seção que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Exercem o controle externo da Administração Pública em auxílio ao Congresso Nacional. “Trata-se de controle financeiro, tendo natureza técnica, profissional, por abranger aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais.”<sup>234</sup>

Segundo o art. 70 da Constituição Federal,

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Prossegue o Legislador Constituinte, no art. 71, estabelecendo que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”, elencando em seguida as competências do Tribunal de Contas, das quais trataremos mais adiante. O Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros nomeados entre brasileiros natos, que possuam mais de 35 e menos de 65 anos de idade, idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e com mais de 10 anos de efetivo exercício ou de efetiva atividade profissional. Dois terços dos Ministros do Tribunal de Contas da União são escolhidos pelo Congresso Nacional e um terço pelo Presidente da República, com aprovação pelo Senado. Dos Ministros que cabem a escolha ao Presidente da República, dois devem ser escolhidos entre Auditores do Tribunal de Contas e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de

---

<sup>234</sup> GUERRA, op. cit., p. 113.

Contas.<sup>235</sup>

Os Ministros do Tribunal de Contas da União têm as mesmas garantias, impedimento, vencimento e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.<sup>236</sup>

Aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compostos, cada um deles, por sete Conselheiros, aplicam-se, no que couber, as mesmas disposições aplicáveis ao Tribunal de Contas da União.<sup>237</sup>

Antes da Constituição de 1988, havia a possibilidade de criação de Tribunal de Contas dos Municípios, ou seja, um Tribunal de Contas para tratar exclusivamente das contas dos municípios de determinado Estado, ou de criação de Tribunal de Contas do Município, para cuidar das contra de um único Município. Com a Carta de 1988, ficou expressamente vedada a criação de novos Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.<sup>238</sup>

#### 4.2.4 O princípio democrático e o dever de prestar contas

Nossa Constituição consagra em um mesmo artigo os princípios republicano e democrático, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.<sup>239</sup>

Quanto ao princípio democrático, explica Darcy Azambuja que “Nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que Democracia. Empregado pela primeira vez por Herótodo há quase dois mil anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado [...]”<sup>240</sup> Não é nossa pretensão aqui construir uma teoria democrática, deixamos essa missão para outros mais autorizados. Queremos aqui apenas chamar atenção para alguns elementos atinentes à democracia e sua relação com o dever dos governantes prestarem contas.

Azambuja, mesmo assumindo as dificuldades de se conceituar democracia, arisca um conceito quando trata da “base da democracia”: “A democracia é, pois, o regime em que o povo se governa a si mesmo, quer diretamente, quer por meio de funcionários eleitos por ele para administrar os negócios públicos e fazer as leis de acordo com a opinião geral.”<sup>241</sup>

<sup>235</sup> Constituição Federal, art. 73, §§ 1º e 2º.

<sup>236</sup> Constituição Federal, art. 73, §3º.

<sup>237</sup> Constituição Federal, art. 75.

<sup>238</sup> Constituição Federal, art. 31, §4º.

<sup>239</sup> Constituição Federal, art. 1º.

<sup>240</sup> AZAMBUJA, op. cit., p. 215.

<sup>241</sup> AZAMBUJA, op. cit., p. 236.

Canotilho explica que o Estado de Direito é um estado limitado pela Lei, mas o Estado de Direito Democrático é “uma ordem de domínio legitimado pelo povo”. No Estado de Direito, a liberdade é concebida como uma liberdade negativa, uma liberdade de defesa, ao passo que no Estado Democrático nos deparamos com uma concepção de liberdade positiva, traduzida principalmente na participação política, e que legitima o poder.<sup>242</sup>

O princípio democrático acolhe dois importantes postulados, a democracia representativa e a democracia participativa. A primeira se traduz em órgãos de representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes; a segunda, na estruturação de processos que permitam aos cidadãos participarem do processo de decisão, produzir *inputs* políticos democráticos, exercer controle crítico na divergência de opiniões.<sup>243</sup>

Konrad Hesse, também assumindo a falta de consenso em torno do conceito de democracia,<sup>244</sup> supera essa questão partindo do estudo da ordem constitucional alemã, chegando a uma primeira conclusão de que “o princípio democrático é o princípio diretivo da ordem do processo político, no qual o poder estatal é criado e no qual o poder estatal tornar-se eficaz. Esse dever conforme art. 20, alínea 2, frase 1, da Lei fundamental, emana do povo.”<sup>245</sup>

A ideia de o povo como titular do poder e que o exercita por meio de seus representantes eleitos também permeia a nossa Constituição que estabelece que “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representante, ou diretamente nos termos da Constituição.”<sup>246</sup>

Apesar de a Constituição admitir que o povo possa exercitar o seu poder diretamente, isso apenas ocorre periodicamente quanto é chamado às urnas para escolher os governantes, ou excepcionalmente nos casos de plebiscito e referendo. “Mesmo em Atenas, no áureo período democrático, poder do povo, ou Democracia, nunca foi, como alguns pensavam, governo exercido direta e exclusivamente pelo povo, identificação e coincidência de governantes e governados.”<sup>247</sup>

O fato de o exercício do poder não ser direto, não retida do povo a sua titularidade, antes, pelo contrário, traz como consequência a possibilidade de cobrar daqueles que transito-

<sup>242</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional...*, op. cit., p. 99.

<sup>243</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional...*, op. cit., p. 288.

<sup>244</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. (da 20. ed. alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 117.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>246</sup> Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único.

<sup>247</sup> AZAMBUJA, op. cit., p. 216.

riamente exercem o poder em seu nome a regularidade no seu exercício.

Para Milesky, “Em regimes democráticos, o poder estatal passou a ser exercido em nome e em favor do povo, fazendo com que a fiscalização das contas públicas passassem a se constituir em prerrogativa da soberania popular, tornado-se imprescindível à manutenção do próprio regime democrático.”<sup>248</sup>

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagra nos seus artigos 14 e 15 o direito que a sociedade tem de fiscalizar e exigir prestação de contas dos governantes:

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.  
Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.<sup>249</sup>

Wremyr Scliar destaca que esses artigos 14 e 15 declaram aos cidadãos os seguintes valores:

[...] direito de verificar; pessoalmente ou por seus representantes; a necessidade da contribuição pública; consenti-la livremente; fiscalizar o seu emprego; determinar-lhe a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e sua duração; a sociedade tem direito de pedir; a todos os agentes públicos prestar contas da sua administração.<sup>250</sup>

Nossa Constituição estabelece mecanismos de participação direta da população no exercício do controle da gestão pública ao prever, por exemplo, a legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público<sup>251</sup> ou denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.<sup>252</sup>

Além do mecanismo de controle direto da gestão, a Constituição institui órgãos incumbidos de certificar se o exercício do poder tem sido feito efetivamente em benefício de seu titular, instituindo para os governantes o dever de prestar contas de sua gestão. No âmbito do controle externo sentido estrito, o dever geral de prestar contas está previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição, segundo o qual: “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.”

<sup>248</sup> MILESKY, *O controle da gestão pública...*, op. cit., p. 253.

<sup>249</sup> Declaração de direitos do homem e do cidadão (1789), op. cit.

<sup>250</sup> SCLiar, Wremyr. Controle externo brasileiro: poder legislativo e tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, p. 249-275, jan./mar. 2009, p. 251.

<sup>251</sup> Constituição Federal, art. 5º, LXXIII.

<sup>252</sup> Constituição Federal, art. 74, §2º.

Verifica-se que o dispositivo constitucional traz o dever de prestar contas de forma abrangente, incluindo aí qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que de alguma forma seja responsável por dinheiros, bens e valores públicos.

A redação anterior deste dispositivo<sup>253</sup> dava margem a questionamento quanto ao verdadeiro alcance do dever de prestar contas ao deixar de mencionar as pessoas jurídicas e as entidades privadas. A Emenda Constitucional 19/1998 corrigiu essa falha, incluindo ali expressamente que o dever de prestar contas alcança pessoas física ou jurídica, pública ou privada, que, de alguma forma esteja na gestão da coisa pública.

#### 4.2.5 Natureza dos Tribunais de Contas no Brasil

A Constituição Federal, ao mencionar que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional com “auxílio” do Tribunal de Contas, trouxe muita divergência sobre a natureza das Cortes de Contas, não faltando quem afirme que tais Tribunais são meros auxiliares das Casas Legislativas.

Para Carvalho Filho, o controle externo é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, nos moldes do que estabelece o art. 71 da Constituição Federal. “O tribunal de contas é um órgão que integra a estrutura do Poder Legislativo e, por isso mesmo, sua atuação é de caráter *auxiliar e especializado*, porque colabora com o Legislativo e tem a atribuição específica de exercer esse tipo de controle.”<sup>254</sup> (destaque do autor) E, reintera o mencionado autor, que o Tribunal de Contas “é órgão integrante do Congresso Nacional que tem a função constitucional de auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública.”<sup>255</sup>

Melhor entendimento é abraçado por Ayres Brito, segundo o qual:

[...] o Tribunal de Contas da União *não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional*, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir *com a trena* da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro *status* normativo da autonomia. Donde o acréscimo de ideia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero

<sup>253</sup> Redação anterior: “Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.”

<sup>254</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1004-1005.

<sup>255</sup> Ibid., p. 1006.



dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.<sup>256</sup> (destaque do autor)

Ayres Britto vai mais além. Para ele o Tribunal de Contas não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Tal afirmativa se dá com fundamento no art. 44 da Constituição que expressamente estabelece que “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”<sup>257</sup>. Assim, não é possível inferir da exegese Constitucional que o Tribunal de Contas integre o Poder Legislativo.

Ademais, o Tribunal de Contas tem competência própria, sem a necessidade de passar pelo crivo do Congresso Nacional.<sup>258</sup> As Cortes de Contas são órgãos de controle da atividade financeira do Estado, “[...] com atuação autônoma e independente dos demais Poderes cuja atividade de fiscalização está dirigida para o interesse público, no sentido de fazer com que os atos dos gestores do Estado sejam praticados sempre em favor do cidadão e da sociedade”<sup>259</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, deixou assentado que:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República.<sup>260</sup>

Arremata Evandro Martins Guerra que, quanto à expressão “auxílio”, assente no texto Constitucional, melhor entendimento é o de que o controle externo, do qual é titular o Congresso Nacional, nos exercícios das competências arroladas no art. 71, não poderá prescindir do Tribunal de Contas, que atuará no sentido de proferir decisões que necessitam de subsídios técnicos. Ademais, das onze competências listadas na Constituição Federal, oito são exclusivas do Tribunal de Contas e não possuem caráter de auxílio, uma vez que são iniciadas e finalizadas no âmbito da Corte de Contes. Por fim, na mesma linha de Aires Brito, observa que os Tribunais de Contas não integram a estrutura formal-orgânica do Poder Legislativo,

<sup>256</sup> BRITTO, op. cit., p. 3.

<sup>257</sup> BRITTO, op. cit., p. 3.

<sup>258</sup> Ibid., p. 3.

<sup>259</sup> MILESKI, *Tribunal de Contas: evolução, natureza...* op. cit., p. 8.

<sup>260</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 4190 - Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Sessão de 10/3/2010, DJe 10/6/2010.

possuem independência administrativa, orçamentária, financeira e detêm competências constitucionais próprias.<sup>261</sup>

O esquema clássico da separação de poderes não é suficiente para fundamentar a classificação orgânica do Tribunal de Contas<sup>262</sup>, que, segundo Ricardo Lobo Torres, “[...] é órgão auxiliar dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política.” Para o mencionado autor, os Tribunais de Contas auxiliam o Legislativo, no controle externo, a Administração e Judiciário na autotutela do controle de legalidade, quando orienta os responsáveis por bens e valores públicos, e auxilia também a comunidade na defesa do patrimônio público.<sup>263</sup>

Tendo sido o Tribunal de Contas instituído para assegurar a boa gestão pública, e tendo em conta que os Três Poderes exercem, em maior ou menor medida, a gestão da coisa pública, a conclusão a que se chega é que a Corte de Contas, ao exercer suas competências constitucionais, auxilia o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. E, ao ter como norte do controle a realização dos valores assentados na Constituição, auxilia a sociedade, que inclusive tem legitimidade, através dos cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, para denunciar irregularidades ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas.<sup>264</sup>

#### 4.2.6 Competências constitucionais

Os Tribunais de Contas emitem juízos técnicos a respeito da atividade financeira do Estado sob o ponto de vista contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, analisando os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade e quanto à aplicação de subvenções e renúncias de receitas.<sup>265</sup>

De órgão que, no início do século XX, aferia, mediante registro prévio, o gasto público apenas do ponto de vista formal, confrontando o ato com a sua autorização legal orçamentária, os Tribunais de Contas chegam à Constituição de 1988 com a competência ampliada, com o dever-poder de se debruçar sobre o gasto público analisando seus aspectos de legalida-

---

<sup>261</sup> GUERRA, op. cit., p. 103.

<sup>262</sup> De fato a localização do Tribunal de Contas nas Constituições brasileiras corrobora a tese da insuficiência da teoria clássica da separação de poderes para fundamentar a sua classificação orgânica. Na constituição de 1891, o Tribunal de Contas figura nas “disposições gerais”, na Constituição de 1934, constava no capítulo “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, na Constituição de 1937, situava logo após os órgãos que compunham o Poder Judiciário e a partir da Constituição de 1946 passou a figura no Capítulo que trata do Poder Legislativo.

<sup>263</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>264</sup> Constituição Federal, art. 74, §2º.

<sup>265</sup> Constituição Federal, art. 70.

de, legitimidade e economicidade. E não sem razão. O Estado do início do século XX, de feição liberal, tinha uma postura negativa, intervir o mínimo possível. Tratava-se de um Estado de prestações negativas, cuja gestão da coisa pública estava vinculada a uma legalidade estrita. Por isso as ferramentas para o exercício do controle externo eram pautadas pelo controle de legalidade. A mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, com a assunção de novas atribuições por parte dos Poderes Públicos a lhes exigir ações de cunho material, como provimentos de saúde, assistência, educação, exigiu uma remodelagem das Cortes de Contas, para o exercício de um controle que fosse além da legalidade, a fim de verificar se o Estado cumpre os objetivos que foram constitucionalmente impostos.

Para que possa exercer esta função, o constituinte originário de 1988 elencou no art. 71 um conjunto de competências para os Tribunais de Contas, que visa possibilitar a ação fiscalizadora das finanças públicas: a vigilância exercida sobre a atividade financeira do Estado, para verificar a sua legalidade, examinar a conveniência dos meios empregados e auxiliar os resultados obtidos.<sup>266</sup> Assim, compete aos Tribunais de Contas:

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

II - julgar 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;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

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

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

VII - 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;

---

<sup>266</sup> GOMES, op. cit. p. 29.

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Segundo Di Pietro<sup>267</sup>, as funções exercidas pelos Tribunais de Contas são de natureza *fiscalizatória* (II a VI), *consultiva* (I), de *juízo*<sup>268</sup> (II), *sancionatória* (VIII), *corretivas* (IX, X) e de *ouvidor*, esta última, quando, nos termos do art. 74, §§1 e 2º, da Constituição Federal, o Tribunal recebe comunicados de irregularidade ou ilegalidade apurada pelos órgãos de controle interno ou quando recebe denúncias formuladas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

Quanto às funções de natureza *corretiva*, a competência do Tribunal é para sustar o ato. No caso de contrato, o ato de sustação deve ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará de imediato ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se no prazo de 90 dias o Congresso Nacional não decidir a respeito da sustação do contrato ou o Poder Executivo não adotar as providências requeridas, a competência passa a ser do Tribunal de Contas, que decidirá a respeito (art. 71, §§1 e 2º).

Com a Constituição de 1988, houve um avanço na sistemática de sustação de contratos. Na constituição 1967 (art. 73, §7º), o Congresso Nacional deveria deliberar sobre o assunto no prazo de trinta dias, sob pena de ser considerada insubsistente a impugnação. Agora, o silêncio do Congresso Nacional desloca a competência para o Tribunal de Contas, preenchendo a lacuna que havia.

Avanço também ocorreu com a sistemática de sustação de ato. Na Constituição de 1967, cabia ao Tribunal de Contas sustar o ato ilegal, caso não fossem adotadas, pela autoridade competente, as providências para sanar a ilegalidade apontada (art. 73, §5º, a, b). No entanto,

<sup>267</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo...* op. cit., p. 815.

<sup>268</sup> A autora deixa clara a sua posição de que, “embora o dispositivo fale em ‘juízo’, não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário.” Conquanto, como se verá mais adiante no item 4.2.6.2 Função jurisdicional, possa haver divergência sobre a natureza jurisdicional da decisão do Tribunal de Contas que julga as contas dos demais responsáveis por valores públicos, não assiste razão a autora quanto diz que o Tribunal de Contas “não aprecia a responsabilidade de agente público”. A Constituição Federal, no art. 71, VI, atribui aos Tribunais de Contas a competência para “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.” As sanções que podem ser aplicadas estão previstas na Lei 8.443/1992. A análise, conquanto possa ter como exame as contas, a responsabilidade deve recair sobre o agente público que pratica tais atos.

o Presidente da República poderia ordenar a execução do ato tomado como ilegal, *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 73, §7º). Com a sistemática atual, o ato de sustação se torna definitivo, até a revisão da própria Corte de Contas ou, por provocação, do Poder Judiciário.

É importante ainda destacar que a competência para sustar ato deve ser interpretada em conjunto com a competência para “*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”. Ao se deparar com a ilegalidade, deve a Corte de Contas assinalar prazo para o cumprimento da Lei e, somente se não houver o cumprimento da determinação no prazo fixado, o Tribunal de Contas sustará o ato impugnado.

#### 4.2.6.1 Função opinativa

Preferimos utilizar a expressão opinativa<sup>269</sup> ao invés de *consultiva*, uma vez que no âmbito do Tribunal de Contas, de acordo com sua Lei Orgânica, a consulta é um instituto específico.<sup>270</sup>

Segundo o art. 71, I, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Contas, “*apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento*”.

O presidente da república deve apresentar, anualmente, no prazo de 60 dias contados da abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior. Havendo descumprimento desse prazo, incumbe à Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas do Presidente da República.<sup>271</sup>

No exercício desta competência, ficam evidentes as duas facetas do controle externo *sentido estrito*. O parecer prévio sobre as contas anuais do Chefe do Poder Executivo é emitido pelo Tribunal de Contas sob um enfoque eminentemente técnico, para em um segundo

<sup>269</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles, as atividades dos Tribunais de Contas do Brasil se expressam em funções *técnicas* opinativas (emissão de parecer prévio), verificadoras (auditoria financeira e orçamentária), assessoradoras (representação ao Executivo e ao Legislativo sobre irregularidades ou abusos nas contas, assinatura de prazo para que a administração adote providências, solicitação ao legislativo para que suspenda execução de contrato) jurisdicionais administrativas (apreciação de contas, julgamento da legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, julgamentos das contas dos dirigentes de empresas públicas sociedade de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público). MEIRELLES, op. cit., 604.

<sup>270</sup> Nos termos do art. 1º, XVII, §3º, da Lei 8.443/1992, compete ao Tribunal de Contas da União, XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. § 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

<sup>271</sup> Constituição Federal, arts. 84, XXIV, 51, II.

momento ser submetido ao julgamento do Congresso Nacional sob um ponto de vista político.<sup>272</sup>

As análises são eminentemente técnicas, não obstante, o parecer prévio ser meramente opinativo e de assessoramento ao Poder Legislativo. Trata-se de “[...] avaliação técnica da atividade financeira, com verificação de atendimento dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, é o que é efetuado pelo Tribunal de Contas, com a emissão de parecer prévio sobre as contas apresentadas.”<sup>273</sup> Ao final, o parecer é enviado ao Congresso Nacional, com opinião pela aprovação ou não das contas e a indicação das ressalvas e recomendações acaso existentes.

As contas a serem analisadas consistem nos balaços gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos.<sup>274</sup> No entanto, a análise não se limita aos aspectos puramente contábeis. O relatório que acompanha o parecer prévio deve conter, dentre outros elementos, informações sobre o cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária quanto à *legitimidade*, eficiência e economicidade.<sup>275</sup>

#### 4.2.6.2 *Função jurisdicional*

Tão tortuosa quanto a localização institucional do Tribunal de Contas é saber se a Constituição Federal, ao lhe atribuir a competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, estaria lhe atribuindo função jurisdicional.

Pontes de Miranda admitia a natureza jurisdicional dos Tribunais de Contas.

Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejugasse depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem* (...) e muito extravagante seria que, tendo a União o seu Tribunal de Contas, com atribuição explícita de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, tivesse de subordinar tais contas aos juízes locais.<sup>276</sup>

Seabra Fagundes também admitia a natureza jurisdicional dos Tribunais de Contas, “[...]”

<sup>272</sup> MILESKI, *O controle da gestão pública*. Op. cit., p. 309.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>274</sup> Lei 8.443/1992, art. 36.

<sup>275</sup> Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Regimento interno do Tribunal de Contas da União, art. 228.

<sup>276</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Ed., 1947, v. II, p. 95.

não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo poder judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo.”<sup>277</sup>

Para Regis Fernandes de Oliveira, o julgamento é apenas administrativo e de cunho técnico.<sup>278</sup> No mesmo sentido, José Afonso da Silva, para quem o Tribunal de Contas é um órgão técnico não jurisdicional, “[...] não se trata de *função jurisdicional*, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesse, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas”.<sup>279</sup>

Para Carvalho Filho “[...] as decisões dos tribunais de contas (julgar) são de natureza administrativa, podendo ser apreciadas pelo poder judiciário como qualquer ato administrativo”.<sup>280</sup>

Segundo Hely Lopes Meirelles, o julgamento do Tribunal de Contas, “[...] embora conclusivo do ponto de vista técnico, contábil e financeiro, é meramente jurisdicional administrativo, sem natureza judicial, pois que esta é privativa dos órgãos do Poder Judiciário”.<sup>281</sup>

Ayres Brito é enfático ao afirmar que os Tribunais de Contas não exercem função jurisdicional, que é exclusiva do Poder Judiciário. As Cortes de Contas não integram os órgãos que compõem o Poder Judiciário, conforme se vê art. 92 da Constituição Federal e nem integra as instituições essenciais à função jurisdicional, arroladas no art. 127 da Carta Maior.<sup>282</sup>

Os que defendem a inexistência de jurisdição por parte do Tribunal de Contas, o fazem com base no princípio da unicidade de jurisdição, segundo o qual a Lei não afastara da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.<sup>283</sup>

Por outro lado, os que defendem o exercício de uma função jurisdicional por parte do Tribunal de Contas apresentam como argumentos, primeiro, que a jurisdição não seria exclusiva do Poder Judiciário, mas pertenceria a quem a Constituição a atribuir e, segundo, o princípio da inafastabilidade de jurisdição assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no entanto, a Constituição não seria a lei, e a

<sup>277</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 170.

<sup>278</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 652.

<sup>279</sup> SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. op. cit., p. 720.

<sup>280</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1007.

<sup>281</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 603.

<sup>282</sup> BRITTO, op. cit., p. 7.

<sup>283</sup> Constituição Federal, art. 5º, XXXV

própria Constituição em alguns momentos afastaria algumas matérias da apreciação do Poder Judiciário, como nos casos de competência privativa do Senado Federal para processar e julgar o Presidente e Vice-Presidente da República e na competência do Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.<sup>284</sup>

Segundo Fernando G. Jayme, a jurisdição é “[...] expressão de soberania estatal, podendo ser conceituada como poder de que estão investidos determinados órgãos do Estado para decidir imperativamente e impor decisões, com a finalidade de dar efetividade ao direito substantivo” e não seria ela atribuição exclusiva do Poder Judiciário, mas a quem a Constituição atribuir. O nosso sistema comportaria, pois, dois casos de jurisdição especial, a que é exercida pelo Tribunal de Contas, no julgamento de contas e a exercida pelo Senado Federal, no julgamento por crime de responsabilidade.<sup>285</sup>

Para Jayme não se trata também de uma jurisdição administrativa, com coisa julgada administrativa. “A coisa julgada administrativa ocorre quando não há mais possibilidade de a Administração alterar o que foi decidido em processo administrativo.”<sup>286</sup>

Em relação ao Tribunal de Contas, a situação mostra-se totalmente diferente, em razão de a Constituição da República outorgar as mesmas garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário, isto é, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, o que se traduz por independência funcional. Além disso, a Constituição conferiu à Instituição autonomia, o que a desvincula de qualquer relação de subordinação com os Poderes do Estado. A autonomia funcional e administrativa conferida ao Tribunal de Contas e a independência funcional conferida a seus membros revestem os seus pronunciamentos de garantia de imparcialidade nos seus julgamentos, pronunciados em processo em que se assegura ao agente controlado o direito à ampla defesa e ao contraditório.<sup>287</sup>

Hélio Saul Mileski não vê na competência do Tribunal de Contas para julgar as contas dos responsáveis por dinheiro bens e valores públicos uma atividade de natureza jurisdicional judicial, mas, também, não se trataria de uma atividade meramente administrativa.

Possui o caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que deriva da competência constitucional expressamente estabelecida, com a delimitação do poder de conhecer e julgar as contas prestadas pelos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos.<sup>288</sup>

Mileski admite a possibilidade de revisão judicial, por força do princípio da inafastabi-

<sup>284</sup> GUERRA, *Os controle externo e interno*, op. cit. p. 122.

<sup>285</sup> JAYME, Fernando G. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Ed. nº 4, 2002. Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/2002/04/-sumario?next=5](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario?next=5)> Acesso em: 9/2/2015.

<sup>286</sup> *Ibid.*

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 329.



lidade de jurisdição, mas o órgão judicial somente poderia analisar questão de ilegalidade ou erro formal, não podendo rejulgar as contas em substituição ao órgão julgador: o Tribunal de Contas. Esse seria o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>289</sup>

Em 1958, no MS 5498-RJ, o STF já havia assentado o entendimento de que “os julgamentos do Tribunal de Contas, no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição, só poderão ser cassados por mandado de segurança, quando resultarem de ilegalidade manifesta ou abuso de poder.”<sup>290</sup> Este entendimento foi reiterado no MS 7.280 – Guanabara, de 1960, segundo o qual “[...] ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta.”<sup>291</sup>

No entanto, essas decisões são anteriores à Constituição de 1988. Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, posterior à Carta de 88, vislumbra-se a possibilidade de análise das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário.

No Recurso Extraordinário 190985-SC<sup>292</sup>, julgado na Sessão do Tribunal Pleno de 14/2/1996, que discutia os limites das multas que poderiam ser aplicadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, entendeu o Supremo Tribunal Federal, capitaneado pelo voto do Relator Ministro Néri da Silveira, que, quanto ao poder de sanção a que a Constituição atribuiu ao Tribunal de Contas, “não é possível, efetivamente, entender que as decisões da Corte de Contas, no exercício de suas competências constitucional, não possuem teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar.”, mas, no que interessa, ressaltou que:

Certo está que, na hipótese de abuso do exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos Tribunais de Contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para controle de legalidade dos atos de quem que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal.

Assim, ao menos nos casos em que envolver, abuso ou desvio de poder, o Supremo Tribunal Federal parece entender que cabe controle de legalidade das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário.

<sup>289</sup> MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 329.

<sup>290</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 5498-RJ*. Tribunal Pleno, Sessão 20/8/1958. Dj 25/9/1958, p. 68.

<sup>291</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 7280 – Estado da Guanabara*. Tribunal Pleno. ADJ 17/9/1962, p. 460.

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 190985-SC*. Tribunal Pleno, Sessão de 14/2/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=231927&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20%20190985> Acesso em: 15/12/2014.

#### 4.2.6.3 Função Fiscalizadora: instrumento para aferição da boa gestão

A função fiscalizadora está arrolada nos incisos IV a VI do art. 71 da Constituição Federal. Trata-se do dever-poder de que detém a Corte de Contas para (a) realização de *inspeções* e *auditorias*, por iniciativa própria ou por demanda da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão Técnica ou de inquérito, sob o escopo contábil, financeiro, orçamentário, operacional, patrimonial; (b) fiscalizar as contas das empresas supranacionais; e (c) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados mediante convênio ou instrumento congênere.

Di Pietro inclui entre a função fiscalizadora a competência de que detém os Tribunais para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de pessoal (art. 71, III, Constituição Federal).<sup>293</sup> Pensamos diferente, esta função mais se aproxima da função julgadora. As fiscalizações são ferramentas para que a Corte de Contas possam colher elementos que vão subsidiar os juízos a serem proferidos, seja na emissão de parecer prévio, julgamento de contas, apreciação para fins de registro de admissão de pessoal, prestação de informação ao Congresso.

A partir da Constituição de 1967, abandona-se o controle prévio, que era exercido mediante registro, e passa-se a adotar a realização de auditorias, mediante fiscalizações diretamente nas unidades administrativas executoras do gasto público.

Oriunda do setor privado, tendo como referência o exame documental e a escrituração contábil, na órbita pública, as auditorias são técnicas recentes. O conceito de auditoria tem tido uma evolução célere, não havendo um conceito que possa ser generalizado para o setor público e privado.<sup>294</sup>

No “Glossário de termos do controle externo”, auditoria está conceituada como:

[...] *processo* sistemático, documentado e independente de se avaliar objetivamente uma situação ou *condição* para determinar a extensão na qual os critérios aplicáveis são atendidos, obter *evidências* quanto a esse atendimento e relatar os resultados dessa avaliação a um destinatário predeterminado.<sup>295</sup> (destaque no documento)

O inciso III do art. 71 da Constituição autoriza a realização de auditorias e inspeções. Esclarece Mileski que “auditoria é gênero que comporta todo o tipo de exame e verificação – documental ou fático – de operações, atividades e sistemas das entidades do Poder Público.

<sup>293</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo...* op. cit., p. 815.

<sup>294</sup> MILESKI, *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 358-359.

<sup>295</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Glossário de termos do controle externo*. Brasília, 2012, p. 4.

Inspeção é verificação efetuada no local do órgão auditado – *in loco*.<sup>296</sup>

Segundo o citado Glossário:

Inspeção - instrumento de fiscalização 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 à sua jurisdição. Não constitui instrumento de fiscalização autônomo e se vincula a outras ações de controle.<sup>297</sup> (destaque no documento)

As fiscalizações são realizadas pelo Tribunal de Contas “com vistas a verificar a legalidade a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos”.<sup>298</sup> As auditorias, ao lado dos levantamentos, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos são instrumentos da fiscalização.<sup>299</sup>

Auditoria, conforme consta no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União:

é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; III – subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro.<sup>300</sup>

Para Mileski, para que a fiscalização cumpra o seu objetivo de verificar os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade, nos fatores contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, três aspectos são imprescindíveis de abordagem em auditoria: auditoria financeira e orçamentária, auditoria de legalidade, e auditoria operacional. A auditoria financeira e orçamentária “[...] utiliza técnica com enfoques, principalmente, na análise das transações financeiras ou patrimoniais, registros, sistemas contábeis e orçamentários”. A

<sup>296</sup> MILESKI, *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 360.

<sup>297</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Glossário de termos do controle externo.*, op. cit., p. 12.

<sup>298</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Regimento interno, art. 230.

<sup>299</sup> De acordo com o Regimento Interno do TCU, Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011: Art. 238. Levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; II – identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e III – avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações. Art. 240. Inspeção é o instrumento de fiscalização 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 à sua jurisdição. Art. 241. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – 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; e II – avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados. Art. 243. Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

<sup>300</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011.

auditoria de legalidade “[...] objetiva a constatação se todos os atos, fatos e operações administrativo-financeiras estão de acordo com o plano de governo, com as leis, regulamentos e demais normas jurídicas”. A auditoria operacional “[...] que, sob enfoque da eficiência e economicidade da ação governamental, busca verificar o grau de eficiência da Administração pelos resultados apurados, examinando como são administrados e gastos os dinheiros públicos no atendimento dos objetivos do Estado.”<sup>301 302</sup>

Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma. O exame da relação do custo e a verificação de benefício, numa concepção ética e axiológica de função pública.<sup>303</sup>

A fiscalização, enquanto instrumento, com ferramentas próprias, tem por objetivo fornecer informações que permitam aos Tribunais de Contas um juízo técnico-jurídico a respeito da legalidade, *legitimidade* e economicidade dos gastos públicos. Às vezes complexas e com enfoques distintos, as auditorias evoluem e se diversificam assim como a própria gestão pública.

Se a Constituição Federal atribui aos Tribunais de Contas a competência para o exercício do controle externo quanto à legalidade, *legitimidade* e economicidade da gestão pública, de certo que haveria de conceder os meios para tal empreitada e o fez ao permitir o exame dos fatos com a devida profundidade, mediante mecanismos de fiscalização.

#### 4.2.6.4 Função sancionadora

Dentre as funções que a Constituição atribui aos Tribunais de Contas está a função sancionadora, incumbindo-lhe de “*aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras*

<sup>301</sup> MILESKI, *O controle da gestão pública...* op. cit. p. 360.

<sup>302</sup> No Glossário de termos do controle externo: *Auditoria contábil – auditoria*: que tem por objetivo examinar se as demonstrações contábeis evidenciam adequadamente, em seus aspectos relevantes, os atos e fatos concernentes à administração orçamentária, financeira e patrimonial de acordo com a legislação pertinente, os princípios e as normas de contabilidade aplicáveis. *Auditoria de conformidade – auditoria*: que tem por objetivo o exame da legalidade e legitimidade dos atos de gestão em relação a padrões normativos expressos em normas técnicas ou jurídicas e regulamentos aplicáveis, bem como em relação a disposições de cláusulas de contratos, convênios, acordos, ajustes e instrumentos congêneres. *Auditoria operacional – auditoria*: que objetiva examinar a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de avaliar o seu desempenho e de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Glossário de termos do controle externo*. Brasília, 2012.

<sup>303</sup> FERNANDES, op. cit., p. 283.

*cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário*”<sup>304</sup>

Segundo a concepção de Medauar, a “[...] ação de controle implica o poder de editar medidas corretivas em decorrência do juízo que se formou”.<sup>305</sup>

Para Milesky, se não houvesse a possibilidade de aplicação de sanção o sistema de controle estaria esvaziado. “Somente por meio de sanção penalizadora o órgão de controle se impõe na exigência do cumprimento das disposições legais que regem a Administração Pública. Não havendo sanção, na prática, qualquer decisão do órgão de controle resultaria em mera recomendação.”<sup>306 307</sup>

Do dispositivo Constitucional, verifica-se a necessidade de Lei que estabeleça as sanções, que podem ser em decorrência de ilegalidade de despesa ou irregularidade nas contas. Dentre as penas cominadas, admite-se a aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário.

No âmbito do Tribunal de Contas da União<sup>308</sup>, a previsão para aplicação de sanções encontra-se na Lei 8.443/1992.<sup>309</sup> Essas sanções podem se traduzir em multas, declaração de inidoneidade de licitante fraudador e inabilitação de gestores para ocupação de cargo ou função de confiança.

As multas estão previstas no art. 57 e 58:

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei; II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil,

<sup>304</sup> Constituição Federal, art. 71, VIII.

<sup>305</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública...* op. cit., p. 22.

<sup>306</sup> MILESKI, *O controle da gestão pública...* op. cit. p.

<sup>307</sup> Apenas destacamos que se tem conseguido melhoria na gestão pública não somente com sanções afitivas, mas, também, mediante mecanismos de sanção premial.

<sup>308</sup> Nos demais Tribunais de Contas, a previsão para imposição de sanção está em suas respectivas leis.

<sup>309</sup> É possível também citar a multa por infração administrativa à lei de finanças que por base a Lei nº 10.028/2000, que tipificou uma série de crimes contra as finanças públicas e instituiu infrações administrativas contra as leis de finanças públicas, tendo em vista, mormente, os aspectos regulamentados na Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim dispõe a Lei 10.028/2008 Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo. § 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. § 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficará sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

A multa do art. 57 é aplicada quando se imputa algum débito ao responsável. Isso se verifica quando é causado algum dano monetário ao erário. Neste caso, além de ter que restituir o valor atualizado monetariamente, poderá ser sancionado com uma multa de até cem por cento do valor do débito. A graduação da multa é fixada no regimento interno do Tribunal de Contas, conforme autorizado no §3º do art. 58, da Lei 8.443/1992.

Dos casos em que é autorizada aplicação de multa, pode-se fazer a distinção entre multa-coerção e multa-sanção. As primeiras “[...] são aplicadas no intuito de forçar o cumprimento do ordenado [...]”; as segundas possuem nítido caráter reparador do dano, com viés estritamente sancionatório.”<sup>310</sup> Teriam natureza de multa-sanção, aquelas previstas no art. 57 e no art. 58, I e III da Lei 8.443/1992.

O débito e a multa aplicados pelos Tribunais de Contas têm natureza de título executivo, conforme expressamente previsto na Constituição (art. 71, §3º).

Além das sanções traduzidas em multas, o Tribunal de Contas ainda possui o dever-poder de inabilitar o gestor, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (art. 60 da Lei 8.443/1992) e declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992).

#### 4.2.6.4.1 Consequências decorrentes do ato de gestão ilegítimo

Aqui nos limitaremos a tratar das consequências no âmbito dos Tribunais de Contas, com foco na legislação referente ao Tribunal de Contas da União.

Uma das consequências advindas da prática do ato de gestão ilegítimo é o julgamento pela irregularidade das contas. As contas dos responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos serão julgadas *regulares* “quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos

---

<sup>310</sup> FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2015, p. 7.

demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável”<sup>311</sup>, *regulares com ressalvas*, “quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário”<sup>312</sup> e *irregulares* nos casos de:

a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, *ilegítimo*, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão *ilegítimo* ou antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.<sup>313</sup> (destaques nossos)

Verifica-se que o exame de legitimidade é condição necessária para que seja efetuado o pronunciamento sobre a regularidade ou não das contas. Somente poderão ser consideradas regulares as contas que, também, demonstrarem exatidão quanto à legitimidade do gasto público. Do contrário, a prática do ato de gestão ilegítimo, independentemente de dano monetário ao Erário, levará ao julgamento pela irregularidade das contas.

Neste sentido, o legislador ordinário foi expresso ao exigir o julgamento pela irregularidade das contas em decorrência de “dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico” ou, mesmo diante da ausência de dano monetário ao erário, quando se tratar de “prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial”.

Além do julgamento pela irregularidade das contas, ao responsável pela prática do ato de gestão ilegítimo, poderá ser aplicada multa proporcional ao dano causado pelo ato ilegítimo ou, mesmo não havendo dano monetário, a multa pela prática de ato de gestão ilegítimo.<sup>314</sup>

No julgamento das contas, sendo identificado dano ao erário decorrente da prática de ato de gestão ilegítimo, a Corte de Contas deve providenciar a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.<sup>315</sup>

Se, por maioria absoluta de seus membros, o Tribunal de Contas considerar grave a infração cometida, poderá inabilitar o responsável pela prática do ato de gestão ilegítimo, por um período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função comis-

<sup>311</sup> Lei 8.443/1992, art. 16, I.

<sup>312</sup> Lei 8.443/1992, art. 16, II.

<sup>313</sup> Lei 8.443/1992, art. 16, III

<sup>314</sup> Lei 8.443/1992, arts. 16, II, b, c, 19, *caput* e parágrafo único, 57, 58, I e III.

<sup>315</sup> Lei 8.443/1992, art. 16, §§2º e 3º.

sionada.<sup>316</sup>

O julgamento pela irregularidade das contas pode trazer ainda reflexos na vida política do gestor. Aquele que tiver suas contas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa pode vir a se tornar inelegível por um período de oito anos, contados do julgamento.<sup>317</sup> Trata-se de medida de competência da Justiça Eleitoral, mas que é tomada levando-se em conta os julgamentos proferidos nos Tribunais de Contas.

Apenas nos atendo à legislação que diz respeito diretamente ao Tribunal de Contas da União, verifica-se a severidade com que são tratados os casos em que se tem a legitimidade como parâmetro para o controle.

#### 4.2.6.4.2 Necessidade de definição de critérios

De modo geral, com a institucionalização e monopolização do poder, o Estado tomou para si *jus puniendi*,<sup>318</sup> o direito de aplicar medidas aflitivas, sendo o detentor do recurso à coação física e a imposição de condutas compulsórias.

O *jus puniendi* está ligado ao direito penal e às penas que lhe são características, principalmente a privativa de liberdade. O poder sancionatório do Estado, no Estado Liberal, teve sua aplicação ligada à atuação do Poder Judiciário. Contudo, com a assunção de novas atividades por parte do poder público, a partir da formação do Estado Social, o *jus puniendi* ficou mais complexo, não se restringindo ao direito penal nem a sua efetivação pelo Poder Judiciário. A Administração assume em grande parte o seu exercício. Isso não seria mais que uma retomada da Administração das atividades sancionatórias que exercia antes da transição para o Estado Liberal e a assunção da repressão estatal pelo Poder Judiciário, mediante uma rígida separação de poderes.<sup>319</sup>

Tem-se formado o entendimento de que as sanções administrativas, tradicionalmente ligadas ao exercício do poder de política são, de fato, manifestações de um *jus puniendi* genérico do Estado, que tem como objetivo a tutela de valores relevantes da sociedade.<sup>320</sup>

<sup>316</sup> Lei 8.443/1992, art. 60.

<sup>317</sup> Lei Complementar 64/1990, art. 1º, g.

<sup>318</sup> É claro que ainda temos, como situações excepcionalíssimas, a possibilidade de os particulares fazerem o uso da força para defesa de seus direitos, como nos casos de desforço imediato e legítima defesa.

<sup>319</sup> PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 26.

<sup>320</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 28, novembro/dezembro/ janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/>



Segundo Eduardo Sens dos Santos, “[...] infrações administrativas são condutas violadoras de normas que são executadas ou que têm seu cumprimento fiscalizado pela Administração Pública, e que têm sua apuração reservada, embora às vezes de forma não exclusiva, à competência da própria Administração.”<sup>321</sup>

Explica Madureira Prates que “[...] sanção administrativa é a medida punitiva prevista em ato normativo, que pode ser aplicada diretamente pela Administração no âmbito das suas relações jurídicas gerais, a quem sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado.”<sup>322</sup>

Do ponto de vista estrutural, não haveria profunda distinção entre a sanção penal e a sanção administrativa, uma vez que ambas seriam normas de conduta: preveem a conduta esperada e a sanção pelo seu descumprimento.<sup>323</sup> Mas, se do ponto de vista formal é possível falar em uma identidade entre sanção administrativa e sanção penal, não haveria, contudo, uma identidade absoluta entre “Direito Administrativo Sancionador” e o Direito Penal, mas um núcleo principiológico orientador do poder punitivo do Estado, quais sejam: devido processo legal, segurança jurídica, legalidade, tipicidade.<sup>324</sup>

*O princípio do devido processo legal se sustenta na cláusula geral do due process of law, tratada como direito fundamental, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal”<sup>325</sup> e ostenta duas vertentes conceituais: o devido processo legal adjetivo e o devido processo legal substantivo. O primeiro “[...] é a garantia formal de observância de um procedimento legal, que assegura às partes, em processos administrativos ou judiciais, o direito à ampla defesa e ao contraditório, dentre outras garantias [...]”<sup>326</sup> e o segundo “[...] está relacionado a um processo justo e razoável logo no momento da criação normativo-legislativa.”<sup>327</sup>*

*O princípio do devido processo legal, na sua vertente substantiva, está ligado aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sob este aspecto, deve-se analisar a razoabilidade interna, que “[...] exige que exista adequação de sentido entre as circunstâncias de fato*

---

^IREDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>.Acesso em:18 de fevereiro de 2015,p. 3.

<sup>321</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, ago. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=5344>>.Acesso em: 18 fev. 2015, p. 2.

<sup>322</sup> PRATES, *Sanção administrativa geral*. Op. cit., p. 54.

<sup>323</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. As infrações administrativas e seus princípios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (60), p. 204-213, 2006, p. 205.

<sup>324</sup> MOREIRA NETO, GARCIA. *A principiologia no direito administrativo sancionador...* op. cit., p. 3.

<sup>325</sup> Constituição Federal, art. 5º, LIV.

<sup>326</sup> Constituição Federal, art. 5º, LV.

<sup>327</sup> MOREIRA NETO, GARCIA. *A principiologia no direito administrativo sancionado...* op. cit., p. 6.

(motivo), que ensejaram a criação de determinada norma sancionatória pelo Poder público, e seus respectivos meios e fins aparelhados [...]” e a razoabilidade externa, que significa o exame de adequabilidade, necessidade e proporcionalidade sentido estrito, ou seja, se a medida adotada é adequada ao resultado pretendido; se a medida tida como adequada é a mais apropriada, diante das medidas disponíveis; e se o gravame resultante da adoção da medida se justifica em face do resultado que se pretende alcançar.<sup>328</sup>

A *segurança jurídica* (e aqui o ponto em que queríamos chegar), por sua vez, visa garantir estabilidade das relações jurídicas, gerando confiança nas relações com o Estado. No âmbito da sanção administrativa, este princípio visa trazer previsibilidade dos comportamentos e ações dos indivíduos.

Marcelo Madureira Prates também concorda que o “[...] princípio da segurança jurídica exige que os administrados saibam de antemão, não apenas quais os descumprimentos são puníveis, mas ainda que sanções poderão ser aplicadas.”, mas admite a existência de norma que preveja “[...] de forma genérica e ainda que recorrendo a remissões para outros atos normativos, que certos descumprimentos estarão sujeitos a determinadas sanções.”<sup>329</sup>

Fábio Medina esclarece que “[...] cláusulas gerais e elementos normativos semânticos vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja do Direito Administrativo Sancionador, nesta, com maior frequência.”, mas, assevera que a norma deve ser suficiente para cobrir algum comportamento ilícito, “[...] dando aos administrados e jurisdicionados, uma previsibilidade básica, que se repute razoável e adequada às circunstâncias e peculiaridades da relação punitiva.”<sup>330</sup>

O *princípio da legalidade*, também elencado expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”,<sup>331</sup> e, também, na fórmula “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”,<sup>332</sup> visa garantir que somente a Lei, ato emanado do Poder Legislativo, imponha condutas e as respectivas sanções para o caso de seu descumprimento.

A exigência de lei que defina previamente as condutas puníveis decorre diretamente do

---

<sup>328</sup> MOREIRA NETO, GARCIA, op. cit., p.8.

<sup>329</sup> PRATES, *Sanção administrativa geral*. op. cit., p.82.

<sup>330</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

<sup>331</sup> Constituição Federal, art. 5º, II.

<sup>332</sup> Constituição Federal, art. 5º XXXIX.

princípio da proteção da confiança, que demanda que as pessoas saibam, com antecedência, qual comportamento é esperado e quais sanções são previstas para o caso de se portarem em desconforme.

O princípio da legalidade implica que a Lei deve conter tanto o tipo delitivo quanto à sanção correspondente. “Compõem um núcleo mínimo a ser previsto em lei em sentido formal a conduta que delimite o campo daquilo que é proibido e daquilo que é permitido e a correspondente sanção a ser imputada ao administrado.”<sup>333 334</sup>

Não há que se confundir, contudo, com a reserva legal rígida vigente no direito penal. Admite-se no direito administrativo sancionador que “[...] a lei em sentido formal apenas inicie a regulação substantiva da matéria, por meio da fixação (1) das condutas puníveis, ainda que de modo aberto e genérico, permitindo posteriores preenchimentos (normas sancionatórias em branco); e (2) das espécies e dos limites das ações aplicáveis.”<sup>335</sup>

*Princípio da tipicidade.* A ideia de tipo e tipicidade está tradicionalmente ligada ao direito penal. Explica Zaffaroni, que tipo “[...] é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes por estarem penalmente proibidas.”<sup>336</sup>

Segundo Eduardo Sens dos Santos, “[...] por tipicidade se entende a qualidade que tem uma norma de especificar uma conduta que se deseja ver coibida ou fomentada, prevendo sanção a quem realizar o proibido ou não realizar o determinado.”<sup>337</sup>

A tipicidade tem como objetivo dar previsibilidade das condutas proibidas. A tipicidade está intimamente ligada aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, como ideia de não surpresa quanto às condutas proibidas.

Há de se distinguir, contudo, conforme alerta Marcelo Madureira Prates, a forma como é descrita o tipo penal e a norma de direito administrativo sancionador. No tipo penal enfatiza-se a norma secundária, o comportamento indesejado e a consequência jurídica,

<sup>333</sup> MOREIRA NETO, GARCIA, op. cit., p.14.

<sup>334</sup> O mesmo autor admite, contudo que “não há afronta ao *princípio da legalidade* na hipótese de *atos normativos secundários* regulamentarem normas legais de caráter sancionatório, desde que o façam respeitando os *tipos* delitivos legais e os *limites* razoáveis, tudo com vistas a viabilizar uma *dosimetria* adequada na aplicação das sanções.” MOREIRA NETO, GARCIA., op. cit., p.15.

<sup>335</sup> PRATES, *Sanção administrativa geral...* op. cit., p. 107.

<sup>336</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. – São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 443.

<sup>337</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. *Tipicidade, antijuridicidade...* Op. cit., p. 5.

deixando implícita a norma primária, o comportamento desejado.<sup>338</sup> Já no âmbito administrativo há um predomínio de normas primárias, onde se estipula o que se deve ou não fazer. “Essa predominância da previsão das *normas primárias* no âmbito jurídico-administrativo acaba por implicar a incompletude das *normas administrativas sancionadoras*, as quais, no mais das vezes, trazem explícito somente o seu elemento final, ou seja, a previsão da sanção.”<sup>339</sup> Deve existir, contudo, um mínimo de determinabilidade.

Sobre esse aspecto, o Ac. N° 666/94 do Tribunal Constitucional português é bastante elucidativo, ao consignar que “a regra da *tipicidade* das infrações, colorário do *princípio da legalidade*, consagrado no n° 1 do art. 29° da Constituição (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), só vale, *qua tale*, no domínio do direito penal, pois que, nos demais ramos do direito público sancionatório (*máxime*, no domínio do direito disciplinar), as exigências da tipicidade fazem-se sentir em menor grau: as infracções não têm, aí, que ser inteiramente tipificadas. Simplesmente, num Estado de Direito, nunca os cidadãos (...) podem ficar à mercê de puros actos de poder. Por isso, (...), as normas legais têm que conter um *mínimo de determinabilidade*. Ou seja: não de revestir um grau de precisão tal que permita identificar o tipo de comportamentos capazes de induzir a inflicção dessa espécie de pena – o que se torna evidente, se se ponderar que, por força dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, elas só deverão aplicar-se às condutas cuja gravidade o justifique (...). É que, a segurança dos cidadãos (e a correspondente confiança deles na ordem jurídica) é um valor essencial do Estado de Direito, que gira em torno da dignidade da pessoa humana – pessoa que é o princípio e o fim do Poder e das instituições.”<sup>340</sup>

Explica Fábio Medina que, sem a garantia da tipicidade, os cidadãos atingidos ou potencialmente afetados pela atuação sancionadora do Estado “[...] ficam expostos às desigualdades, em níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos. Daí porque a garantia em exame é fundamental para demarcar, de plano, o campo mínimo de movimentação dos Poderes Públicos.”<sup>341</sup>

No entanto, alerta Moreira Neto que “[...] essa *tipicidade administrativa* admite, contudo, certa flexibilização se comparada com a *tipicidade penal*, já que nesta, por ter como possível consequência uma *restrição da liberdade de ir e vir*, exige um maior grau de determinação do que naquela.”<sup>342</sup>

Eduardo Sens dos Santos também alerta para uma relativização da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador, permitindo-se o uso de cláusulas gerais ou tipos abertos, desde que seja observado um grau mínimo de certeza e previsibilidade quanto à conduta repro-

<sup>338</sup> Como, por exemplo, o art. 121 do Código Penal: “matar alguém”. A norma secundária, o comportamento proibido e expresso, enquanto o comportamento desejado, a norma primária, “não matar”, fica implícito.

<sup>339</sup> PRATES, *Sanção administrativa geral...* op. cit., p. 83.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 86-87.

<sup>341</sup> OSÓRIO, op. cit., p.219.

<sup>342</sup> MOREIRA NETO, GARCIA, op. cit., p. 17.

vada.<sup>343</sup>

Eduardo Sens recomenda, contudo, em face do caráter aberto do tipo, uma aplicação menos rígida na norma, devendo a Administração primeiramente orientar e, somente aplicar a sanção cabível, no caso de reincidência.<sup>344</sup>

Fabio Medina orienta que:

[...] o critério para a aplicação das normas vagas, nesta acepção, será constituído por valores objetivamente assentados pela moral social, aos quais o juiz é reenviado. Trata-se de utilizar valorações tipicizantes das regras sócias, porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costumes).<sup>345</sup>

De fato, se a lei é insuficiente para prever por completo a conduta do agente público, principalmente a partir da virada marcada pelo Estado Social, em que as obrigações prestacionais exigem uma maleabilidade por parte do gestor a fim de encontrar a solução mais eficiente para a prestação de serviços de qualidade, não há que se pensar em um tipo rígido no direito administrativo sancionador, tão como ocorre com o tipo penal. No entanto, há de existir elementos suficientes previamente definidos para que o gestor não seja pego de surpresa e a sanção administrativa não se converta em arbitrariedade.

---

<sup>343</sup> SANTOS, op. cit., p. 9.

<sup>344</sup> Ibid., p. 9.

<sup>345</sup> OSÓRIO, op. cit., p.224

## 5 PARÂMETROS PARA O CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO

### 5.1 LEGALIDADE, ECONOMICIDADE E LEGITIMIDADE

A atividade financeira do Estado tem com objetivo a obtenção de recursos e sua gestão para satisfazer as necessidades da sociedade. Conquanto as necessidades sociais sejam infinitas, a Constituição traça uma ordem de prioridades que devem ocupar espaço no planejamento público. O controle exercido pelos Tribunais de Contas visa aferir tanto a correta arrecadação quanto a adequada destinação dos recursos públicos. Para tanto, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, a apreciação quanto à boa gestão pública, deve levar em conta os aspectos de *legalidade*, *legitimidade* e *economicidade*, conforme previsto no art. 70 da Constituição.

Este dispositivo encontrou uma primeira inspiração no art. 114 da Constituição de Bonn, segundo o qual “O Tribunal Federal de Contas, cujos membros possuem a independência judicial, controlará as contas assim como a economicidade e a legalidade da gestão orçamentária e econômica.” A Constituição da Itália também traz dispositivo semelhante, ao prever em seu art. 100 que “o Tribunal de Contas (*Corte dei Conti*) exerce o controle preventivo quanto à legitimidade dos atos do Governo, como também a exatidão do balanço do Estado.” No mesmo sentido a Constituição da Espanha, que em seu art. 31 estabelece que “*el gásto publico realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programacion y ejecución reponderán a los critério de eficiencia y economia.*”<sup>346</sup>

A Constituição de 1988 inovou ao inserir expressamente o controle de legitimidade e economicidade, quebrando de vez com a tradição das constituições anteriores que apenas previam um controle legal-formalista do gasto público.

#### 5.1.1 Controle de Legalidade

A atividade da administração está vinculada à legalidade como princípio insculpido no art. 37 da Constituição Federal. Segundo Regis Fernandes de Oliveira, o controle de legalidade significaria “[...] verificação da obediência aos requisitos necessários para que pudesse

---

<sup>346</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 4, jul/1993, p. 185.

ter ocorrido a despesa, bem como da previsão para que ela pudesse realizar-se. É a compatibilidade vertical de ato ensejador da despesa com a norma autorizadora.”<sup>347</sup>

O controle de legalidade tem como parâmetro não só a lei em sentido estrito, alcança, também, os atos infralegais, como decretos, resoluções, portarias, que vão servir de parâmetro para que o controlador faça um primeiro juízo de valor quanto à adequação do gasto público. “A legalidade, como princípio constitucional dirigido à Administração, é bússola orientadora dos órgãos de controle.”<sup>348</sup>

O princípio da legalidade está estritamente ligado à ideia de segurança jurídica<sup>349</sup>, porque introduz um critério objetivo de avaliação da conduta, evitando surpresas. “O controle de legalidade implica, em uma primeira acepção, o exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública, o que compreende inclusive o controle dos atos normativos da administração”.<sup>350</sup>

O princípio da legalidade, conquistado pelo Estado de Direito, retira da esfera de interesse pessoal do gestor público quais as políticas públicas que devem ser implementadas, uma vez que são materializadas nas normas de planejamento público, em especial no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e a lei de orçamento anual.<sup>351</sup> Mas, conforme afirma Mileski, não se trata de mero exame de adequação à lei, mas, também uma análise de conformidade aos princípios constitucionais, “com vista à preservação da segurança jurídica como fator de segurança dos direitos fundamentais, que são corolários do princípio maior da legalidade.”<sup>352</sup>

Para Ricardo Lobo Torres o controle de legalidade implica o da “supralegalidade”, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e de atos administrativos.<sup>353</sup> O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas, consolidando o tema no enunciado da Súmula nº 347, segundo o qual “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a

<sup>347</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

<sup>348</sup> MILESKI, *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 290.

<sup>349</sup> Se bem que a ideia de segurança jurídica se assenta antes na definição de critérios. Como a ideia da lei é sempre estabelecer critério, tem-se a noção de sua relação imediata com a segurança jurídica. Contudo, a quebra da legalidade estrita como padrão de aferição da boa gestão pública não pode significar a quebra da segurança jurídica, uma vez que, repetimos, a segurança jurídica não se consegue através da Lei, mas da definição de critérios, desde que aceitos e compartilhados anteriormente. Daí o relevante papel da jurisprudência ao interpretar a Lei e fornecer critérios seguros para que as pessoas possam se guiar.

<sup>350</sup> TORRES, *A legitimidade democrática...* op. cit.

<sup>351</sup> Uma vez aprovado a Lei de Orçamento, o gestor público deve buscar executar os programas de trabalho ali aprovados.

<sup>352</sup> MILESKY, *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 290.

<sup>353</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimidade democrática...* op. cit.

constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

Mas, alerta Mileski que não se trata de poderes para declarar a inconstitucionalidade das leis dos atos do poder público, retirando-lhes do mundo jurídico, mas com o fim de negar executoriedade aos textos examinados, obstando a continuidade de sua utilização.<sup>354</sup>

Neste sentido, pensamos que a competência de que detém o Tribunal de Contas para sustar o ato ilegal, pode ser estendida para a competência de sustar, também, o ato inconstitucional.

### 5.1.2 Controle de economicidade

Aparecendo pela primeira vez na Constituição de 1988, “[...] o controle de economicidade entende como o exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade.”<sup>355</sup>

Intuitivamente pensamos em economicidade como aquilo que nos é vantajoso do ponto de vista financeiro, levando-se em consideração o mínimo de gasto de recursos.

Segundo o Glossário de Termo do Controle Externo, economicidade é a “[...] minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.”<sup>356</sup>

Para Regis Fernandes de Oliveira, “[...] a economicidade diz respeito à obtenção da melhor proposta para efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo para chegar à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício.”<sup>357</sup>

O controle de economicidade busca averiguar a eficiência na gestão pública na realização do interesse público, de maneira que com o dinheiro arrecadado se consiga alcançar, pelo menor custo, uma maior quantidade de cidadãos.<sup>358</sup>

Explica Ricardo Lobo Torres que o “[...] conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça.” É que o contro-

<sup>354</sup> MILESKY, *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 291.

<sup>355</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimidade democrática...* op. cit.

<sup>356</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Glossário de termos do controle externo...*op. cit., p. 10.

<sup>357</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 505.

<sup>358</sup> MILESKY, *O controle da gestão pública.* Op. cit., p. 293.



le de economicidade significa “[...] controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação.”<sup>359</sup>

Ainda segundo Lobo Torres, a economicidade seria um princípio vazio, apenas enunciaria a necessidade de adequação e equilíbrio entre o mínimo de despesas e o máximo de receita, apesar de ter por objeto o controle dos aspectos materiais da execução orçamentária, não traria em si nenhum conteúdo material, ao ponto do jurista alemão Hans Herbert Von Arnim recusar-lhe o *status* de princípio de direito para tratá-lo como um “preceito de otimização”, pois ele não diz “[...] o que deve ser otimizado, senão apenas que deve ser otimizado.”<sup>360</sup>

Para Milesk, trata-se de um princípio autônomo, mas que guarda estreita relação com o princípio da proporcionalidade, “o gasto efetuado deve guardar uma proporcionalidade de custo compatível com o serviço, material, ou obra, tendo em conta o benefício decorrente.”<sup>361</sup>

Para José Afonso da Silva, o controle de economicidade envolve também questão de mérito, uma vez que é necessário verificar se o órgão procedeu na aplicação da despesa pública de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.<sup>362</sup>

A análise da economicidade só é possível comparativamente. Não é possível dizer se determinada política pública foi econômica sem avaliar as demais alternativas que se apresentavam também aptas a solucionar determinado problema. Assim para o exercício do controle de economicidade é necessário verificar, caso a caso, as escolhas que o gestor fez tendo em vista a correta avaliação de alternativas. Enquanto critério de controle, a economicidade espelha a necessidade de justificativa do gestor que demonstre que ele tenha optado pela alternativa economicamente mais eficiente para maximização dos benefícios sociais, envolvendo tanto a receita quanto a despesa pública.

### 5.1.3 Controle de legitimidade

“A norma do art. 70 da Constituição Federal/88 distingue entre a fiscalização formal

---

<sup>359</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimidade democrática...* op. cit.

<sup>360</sup> Ibid.

<sup>361</sup> MILESKY, *O controle da gestão pública...* op. cit., p. 293.

<sup>362</sup> SILVA, *Curso de direito constitucional positivo...* op. cit., p. 715

(legalidade) e a material (economicidade), sintetizadas no controle da moralidade (legitimidade), isto é, estabelece o controle externo sobre a validade formal, a eficácia e o fundamento da execução orçamentária.” Assim explica Ricardo Lobo Torres, para quem o controle de legitimidade “[...] entende como a própria fundamentação ética da atividade financeira.”<sup>363</sup>

Seabra Fagundes, em 1955, já diagnosticava com precisão a necessidade de superação do controle meramente formal do gasto público:

O contrôle de contas, como hoje se exerce, é puramente formal, o que vale dizer, nada significa em relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz. Por maior que seja o desvêlo da sua procuradoria e dos seus ministros, não logra o Tribunal de Contas proclamar desonestidades nos gastos públicos, conhecidas notoriamente. Os grandes negócios duvidosos escapam às suas possibilidades de atuação. Na teia do seu contrôle se embaraçam apenas, pela exigência de certas formalidades, pequenos casos individuais. (...) O atual contrôle, adstrito à legalidade, leva êsse órgão a homologar contratos, cuja falta de lisura é manifesta, mas cuja exterioridade se afigura regular.<sup>364</sup>

A inserção explícita do controle de legitimidade foi uma inovação trazida pela Carta Constitucional de 1988, “[...] ao referir-se à *legitimidade*, depois de se ter referido à *legalidade*, a Constituição parece ter admitido *um controle externo de mérito por parte do Congresso*, no aspecto financeiro.”<sup>365</sup> (destaque do autor)

O controle de legitimidade seria algo diverso do de legalidade. A Constituição, ao se referir a este tipo de controle, “[...] parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridades estabelecidas no plano plurianual”.<sup>366</sup> A fiscalização da legitimidade ultrapassa a mera averiguação da apreciação legal-formal, com objetivo de verificar a justiça do gasto público.<sup>367</sup>

Enquanto o controle de legalidade teria como parâmetro inicial os normativos legais, a legitimidade estaria relacionada com o respeito ao interesse público, a impessoalidade e à moralidade.<sup>368</sup>

Para Juarez Freitas, o art. 70 da Constituição Federal teria positivado verdadeiro princípio da legitimidade, que, em matéria de controle, exige um exame substancialista, impondo

<sup>363</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A legitimidade democrática...* op. cit.

<sup>364</sup> Conferência proferida no Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, em 26 de outubro de 1955. FAGUNDES, Seabra. *Reformas essências...* op. cit., p. 101.

<sup>365</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1005.

<sup>366</sup> SILVA, *Curso de direito constitucional positivo...* op. cit., p. 715.

<sup>367</sup> HOMERCHER, op. cit., p. 7.

<sup>368</sup> GUERRA, op. cit., p. 79

que se ultrapasse a regularidade formal. E nisso se difere do controle de legalidade.<sup>369</sup>

O exame da legitimidade dos atos administrativos requer mais: examinar, a fundo, a finalidade apresentada e a motivação oferecida, de modo a não compactuar, de modo algum com a ilegitimidade. O que se almeja é vedar o escudo do formalismo, graças ao qual foram e têm sido cometidas inúmeras violações impunes.<sup>370</sup>

Os parâmetros para o exercício do controle de legalidade, mesmo que iniciais, se situam em bases mais sólidas. Mesmo no controle de economicidade, que exige uma análise das avaliações efetuadas pelo gestor para optar pelo gasto mais eficiente, o parâmetro para o controle se mostra mais seguro, se pensarmos em termos comparativos de qual solução, do ponto de vista financeiro, se mostra mais vantajosa para o interesse público. Tanto a legalidade quanto a economicidade estão compreendidos em um controle de legitimidade, mas isso não define ainda por completo e de forma precisa qual seria o “rôle”, o critério para o controle de legitimidade do gasto público. Viemos insistindo ao longo deste trabalho que o exercício do controle somente é possível a partir de parâmetros previamente definidos, que sejam conhecidos tanto por controlador quanto por controlado.

A Constituição Federal prevê a aplicação de multas ao gestor público diante da prática de ato de gestão ilegítimo. Como sanção, fica a aplicação da multa adstrita ao princípio da tipicidade, ou seja, previsão, mesmo que em cláusulas gerais, do comportamento proibido.

As Cortes de Contas emitem juízos técnicos sobre a boa gestão das finanças públicas. A aferição do ato legítimo também é uma questão técnica e deve se situar em patamares objetivos. O controle de legitimidade, conquanto englobe o controle de legalidade e o de economicidade, neles não se exaure.

O constituinte originário, ao atribuir o controle de legitimidade ao Tribunal de Contas, teria admitido o controle da discricionariedade administrativa, pois a verificação pura e simples do aspecto formal do ato não seria suficiente para se aferir se o Estado, enquanto meio que é, cumpre os objetivos dos quais foi constitucionalmente incumbido. Aliás, conforme observa Juarez Freitas, “[...] o constituinte originário não pretendeu oferecer ao princípio da legitimidade qualquer conotação estritamente procedimental. [...] se se limitasse a tal desiderato, não estaria indo muito além da compreensão do princípio da legalidade [...]”

Ou é possível, a partir de critérios objetivos, fazer o exame de legitimidade, ou o constituinte originário, ao atribuir ao Tribunal de Contas a competência para o controle de legitimidade do ato de gestão, teria lhe atribuído competência para um controle político do ato de

<sup>369</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*.... op. cit. p. 76.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 76.

gestão, substituindo o juízo de oportunidade e conveniência da Administração pelo seu (Tribunal de Contas) juízo.

Como as competências, as funções são atribuídas pela Constituição, e ela não atribuiu ao Tribunal de Contas, mas sim ao Executivo a atividade Administrativa, entendemos que o juízo continua sendo do Executivo.

Ademais, do juízo de ilegitimidade do gasto, é passível sancionar o gestor. O que é mais um indicativo de que o controle de legitimidade deve se dar com base em critérios mínimamente objetivos. O suficiente para suportar uma sanção.

Por fim, considerando que o controle de legitimidade do gasto público, transcende o mero exame de legalidade formal do ato, chegamos à conclusão de que somente será possível a realização do controle externo de legitimidade, de maneira que o órgão de controle não substitua o órgão controlado, a partir do exame objetivo da discricionariedade administrativa. Esse exame evolui a delicada seara do mérito do ato administrativo. Como se trata de um exame técnico, o que faremos daqui adiante é tentar verificar o quanto se tem avançado a respeito da sindicabilidade do ato administrativo, quebrando o antigo paradigma de insindicabilidade da discricionariedade administrativa e fornecendo elementos para o exame objetivo da legitimidade do gasto público.

## 5.2 DISCRICIONARIEDADE E A SINDICABILIDADE DA GESTÃO PÚBLICA

O Estado, enquanto construção abstrata, se manifesta por meio de seus agentes, e o faz, no âmbito da função administrativa, através do ato administrativo, que se constitui num dos dogmas do Direito Administrativo e uma das principais figuras do Estado de Direito.<sup>371</sup> O agente público, podendo fazer somente aquilo que a lei permite, teria a regularidade de sua ação apurada com base nos elementos que compõem o ato administrativo. O ato administrativo seria espécie de ato jurídico, se diferenciando deste, pois é sempre informado pela finalidade pública.<sup>372</sup>

O ato administrativo “é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si pró-

---

<sup>371</sup> OHLWEILER, Leonel. Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação: uma análise a partir da viragem hermenêutica. *Revista da AJURIS*, v. 34, n. 107, p. 172-187, set./2007. Disponível em <http://livepublish.ioj.com.br/1/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/12e5a/12ec3/134de?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em 15/1/2015, p. 175.

<sup>372</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 109.

pria.<sup>373</sup>

O ato administrativo, para que se aperfeiçoe e tenha validade,<sup>374</sup> deve reunir cinco requisitos ou elementos: competência (sujeito), finalidade, forma, motivo e objeto.<sup>375</sup> A doutrina pátria elabora o estudo da regularidade dos atos do gestor tomando por bases esses elementos.<sup>376</sup>

*Sujeito* é aquele a quem a regra de competência atribui capacidade para a prática do ato.<sup>377</sup> A capacidade para a prática do ato administrativo depende, além da capacidade civil, de uma investidura legítima na função pública.

*Forma*, em um sentido restrito, é o modo pelo qual a declaração se exterioriza, seja verbal ou escrita (decreto, portaria etc.); e, em um sentido amplo, a forma inclui também as formalidades que devem ser observadas para a formação do ato administrativo.<sup>378</sup>

A *finalidade* do ato administrativo é, em sentido amplo, sempre o atendimento do interesse público, e, em sentido restrito, é o resultado que a administração pretende alcançar.<sup>379</sup> “Toda manifestação de um agente administrativo está condicionada ao interesse público, como destinatário permanente da ação do Estado. Assim, *in genere*, qualquer ato administrativo está vinculado a um *fim* público [...]”<sup>380</sup>.

*Objeto* ou conteúdo<sup>381</sup>, “é o efeito imediato que o ato produz”, é o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.<sup>382</sup>

O *Motivo* são os pressupostos de fato e de direito invocados para a prática do ato.

<sup>373</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 109.

<sup>374</sup> GASPARINI, op. cit., p.113.

<sup>375</sup> Neste sentido: Hely Lopes Meirelles in *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit.,110; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito Administrativo*, op. cit., p. 210; Já para Diógenes Gasparini, in *Direito administrativo* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113, seriam sete os requisitos do ato administrativo: agente público competente, finalidade, forma, motivo, conteúdo, objeto e causa.

<sup>376</sup> Bandeira de Mello apresenta uma anatomia diferente para o ato administrativo. Ele distingue entre elementos e pressupostos do ato. Seriam elementos, apenas aqueles que dizem respeito à realidade intrínseca do ato, quais sejam: a forma e o conteúdo. Os pressupostos, por sua vez, se dividiriam em pressupostos de existência e de validade. São pressupostos de existência o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Já na categoria dos pressupostos de validade, estão incluídos o pressuposto subjetivo (sujeito); os pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); o pressuposto teleológico (finalidade); pressuposto lógico (causa); e os pressupostos formalísticos (formalização). Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 357. Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 357.

<sup>377</sup> DI PIETRO. *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 211.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>380</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 61.

<sup>381</sup> “A expressão, com este sentido, é infeliz. Seria melhor denominá-lo *conteúdo*”. Celso Antônio Bandeira de Mello in *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 358.

<sup>382</sup> DI PIETRO. *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 214

Motivo não se confunde com motivação. Esta é a exposição dos motivos.<sup>383</sup>

Controlar a regularidade do ato administrativo significa controlar a própria função administrativa. “O ato administrativo é a forma primária de exercício da função administrativa, que por seu intermédio, adquire objetividade”<sup>384</sup>, por isso o interesse sobre os limites quanto ao controle do ato administrativo.

Quanto à liberdade que a administração tem para a prática do ato, a doutrina classifica os atos administrativos em atos vinculados e atos discricionários. Nos atos vinculados, todos os seus elementos estariam previstos objetivamente na Lei. A conduta do gestor, ao praticar o ato administrativo vinculado, nada mais faria do que externar a vontade legal tal com ali se encontra. O controle do ato vinculado, como controle de legalidade, não escaparia ao controle judicial.

Nos atos administrativos discricionários, haveria uma margem de liberdade para o gestor praticar o ato, exercendo um juízo de oportunidade e conveniência quanto ao motivo e ao objeto do ato. “O poder discricionário é a faculdade concedida à administração de *apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto* do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo.”<sup>385</sup> [destaques do autor]

Os elementos competência, finalidade e forma, seriam sempre vinculados, mas, nos atos discricionários, o motivo e o objeto comporiam o mérito do ato administrativo, que estaria fora, portanto, da apreciação do Poder Judiciário. Segundo Seabra Fagundes, “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade.”<sup>386</sup> E mais, para ele o mérito estaria no sentido político do ato administrativo<sup>387</sup>, e sua apreciação pelo poder Judiciário poderia significar quebra na independência entre os poderes.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência de poderes.”<sup>388</sup>

Para Caio Tácito, “quando a lei abre margem à discricção administrativa, permitindo ao

<sup>383</sup> DI PIETRO. *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 218

<sup>384</sup> TÁCITO, op. cit., p. 61.

<sup>385</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 68.

<sup>386</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 180.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 181.

administrador escolher os critérios de seu alvedrio, o entendimento por ele firmado na apreciação dos motivos é inviolável pela censura jurisdicional.”<sup>389</sup>

Segundo Tácito, “a atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos da lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança.”<sup>390</sup> A discricionariedade decorreria justamente da impossibilidade de a lei prever em detalhes os aspectos atinentes às necessidades públicas e à atuação da administração, por isso, ainda segundo Tácito:

Administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo de livre desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador ser orientar livremente com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos. Esta capacidade de autodeterminação representa o poder discricionário do Estado, que se exaure plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional. A oportunidade do ato poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria administração; em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, que, nessa matéria, está impedido de se manifestar.<sup>391</sup>

O enunciado de vedação de apreciação do mérito do ato administrativo, em 1894 já havia sido positivado em nossa ordem jurídica. Segundo o Art. 13, §9º, a, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894 : “a) Consideram-se ilegales os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstando-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou opportunidade;”

A discricionariedade, como contrário de vinculação, passou a significar uma esfera de atuação administrativa livre de apreciação do Poder Judiciário. Um *locus* de avaliação realizado pela administração quanto ao motivo e ao objeto, como expressão da independência que deveria existir entre os Poderes.

### 5.2.1 Apreciação da discricionariedade

A clássica distinção dos atos administrativos em atos vinculados e discricionários foi construída tendo como parâmetro a vinculação da atividade administrativa à lei. Se a norma, geral e abstrata, conseguisse prever todo o comportamento, a Administração estaria diante de um ato vinculado, e, naquilo que a lei não conseguisse prever, ter-se-ia uma zona livre para a

---

<sup>389</sup> TÁCITO, *Ibid.*, p. 60.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 74.

discricionarietà da Administração.

Com a mudança de paradigma encampa pelo constitucionalismo,<sup>392</sup> não há que se falar mais em uma vinculação a Lei. A atividade administrativa não está mais somente vinculada à Lei, mas, sobretudo, vinculada à Constituição. O “[...] ato administrativo está vinculado não somente às normas jurídicas resultantes de textos de lei, mas, construídas do Direito como um todo, falando-se, assim, no *princípio da juridicidade*.”<sup>393</sup>

É preciso superar a clássica distinção entre atos vinculados e atos discricionários, para aportamos em um novo paradigma de níveis de vinculação. Tanto os atos vinculados quanto os atos discricionário estão vinculados à ordem constitucional. O “[...] ato praticado pela Administração Pública deverá ser autêntico ato constitucional materializado a partir de uma relação circular na qual aparecem regras, princípios constitucionais e questões de fato.”<sup>394</sup>

A concepção de uma coordenação e colaboração entre poderes, ao invés de uma concepção rígida de separação de poderes, bem com a noção de poderes instrumentais, de que antes do poder vem o dever e que, pois, a administração apenas recebe os seus “poderes” como instrumento que se serviriam aos deveres que lhe são atribuídos para o cumprimento das finalidades públicas, e, principalmente, a superação da vinculação da Administração à legalidade estrita para uma vinculação à Constituição, retira a ideia de discricionarietà como um espaço livre para atuação da Administração, para um espaço de escolha entre alternativas que, perante o Direito, sejam igualmente válidas.

Discricionarietà (...) é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferiria no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>395</sup>

Pelo conceito apresentado, verifica-se que ainda remanesce uma margem de apreciação para a Administração, mas não se trata de uma apreciação livre, antes, sindicável, principalmente no que tange à razoabilidade das escolhas realizadas, tendo em vista a finalidade legal, que há de ser sempre o interesse público.

Em seguida passamos a analisar os casos que supostamente confeririam um campo livre do Direito para atuação do gestor e a possibilidade de exame da discricionarietà.

<sup>392</sup> Vide item 3.3 Constitucionalismo.

<sup>393</sup> OHLWEILER, op. cit., p. 176.

<sup>394</sup> Ibid., p. 176.

<sup>395</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionarietà e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.



## 5.2.2 Conceitos indeterminados

Uma das origens da discricionariedade administrativa decorreria dos conceitos vagos presentes na lei, tais como “urgência”, “relevante interesse público”, “notório saber”, conferindo ao gestor liberdade para interpretação desses conceitos.<sup>396</sup>

Explica Antônio Francisco de Souza que os conceitos indeterminados dizem respeito a conceitos que trazem consigo um “elevado grau de indeterminação”.<sup>397</sup>

José Carlos Barbosa Moreira pondera que o conceito jurídico indeterminado é:

O expediente ao qual o legislador recorre naquelas situações em que não convém ou não é possível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo conveniente que a norma descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.<sup>398</sup>

A Lei de Licitações, por exemplo, entre os casos de inexigibilidade de licitação, elenca a contratação de profissional com “notória” especialização ou de artista consagrado pela “crítica especializada” ou pela “opinião pública”. Na mesma Lei, verificam-se casos de dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços nos casos de “grave perturbação da ordem” ou em situação “emergencial”. Uma vez preenchido o conceito, estará legitimada a fuga ao constitucional dever de licitar.

Bernatzik, em obra publicada 1886, que se constituiu na primeira manifestação da denominada “teoria da multivalência”, sustentou que os conceitos indeterminados previstos na lei são aferidos por um complexo processo interpretativo, designado por ele de “discricionariedade técnica”, é que os conceitos indeterminados atribuiria discricionariedade à autoridade administrativa.<sup>399</sup> A teoria da multivalência afirma que “[...] na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas (poder discricionário)”.<sup>400</sup>

Tese oposta foi levantada por Tezner, fundador da teoria da univocidade, que via na doutrina dos conceitos discricionários uma “inimiga do Estado de Direito”. Ele sustentava que

<sup>396</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello a doutrina, “capitaneada pela moderna doutrina alemã, do que dá notícia e avaliza o eminente Eduardo Garcia de Enterría, a imprecisão do conceito só existiria em abstrato, nunca porém diante da situação *in concreto*, à vista da qual só caberia uma intelecção. No dizer deste mestre, há ou existirá a situação referida no conceito normativo ou não existirá.” Portanto, os conceitos indeterminados não autorizariam concluir pela existência de uma esfera de discricionariedade. Posicionamento do qual o autor discorda. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit. p. 18.

<sup>397</sup> SOUZA, Antonio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 23.

<sup>398</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 64.

<sup>399</sup> SOUZA, Antonio Francisco de, op. cit., p. 35.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 36.

“[...] a diferença entre os chamados conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados consiste apenas numa diferença do grau de insegurança da palavra” e que “a aplicação dos conceitos discricionários não deve ficar fora do controle jurisdicional qualquer ‘discricionariedade técnica’”.<sup>401</sup> A teoria da univocidade “defende só existir uma única solução correta”.<sup>402</sup>

Segundo Eros Grau, não existem conceitos indeterminados, já que a indeterminação não estaria no conceito jurídico, que teria sempre um significado determinado, mas sim nos termos que expressam os conceitos, por isso acha mais apropriado o uso da expressão termos indeterminados nos conceitos.<sup>403 404</sup>

Já para Florivaldo Dutra de Araújo, a imprecisão não estaria nem no termo nem no conceito, mas no processo de subsunção do fato ao conceito previsto na lei.<sup>405</sup>

Entendemos como Celso Antonio Bandeira de Mello, a imprecisão é do conceito e comporta mais de uma interpretação, “[...] exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecção diferente, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.”<sup>406</sup>

Ao atribuir a uma expressão contida na Lei um *status* de indefinida ou indeterminada, estaremos reconhecendo a alguém o poder de decifrar o conceito. Apresentar os contornos da expressão dita imprecisa é definir o campo de aplicação da norma e, portanto, as pessoas que serão afetadas pela norma e como o serão. A norma jurídica tem o objetivo de regular as relações sociais, aquele que define os contornos do conceito dito indeterminado está também definindo o alcance da norma, quais pessoas e como elas serão atingidas. Trata-se, em verdade, de manifestação de poder.

---

<sup>401</sup> SOUZA, op.cit., p. 35.

<sup>402</sup> Ibid., p. 36.

<sup>403</sup> GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. In: *Revista de direito público*, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

<sup>404</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello se insurge contra essa linha de pensamento: “Há quem haja, surpreendentemente afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. (...) Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se *quis comunicar*. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às *mesmas noções* que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero.” (destaque do autor) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit. p. 18.

<sup>405</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e motivação do ato administrativo*. In: Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Lima, Sérgio Mourão Corrêa (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 110-112.

<sup>406</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 23.

Para Antonio Francisco de Souza, a questão que gira em torno dos conceitos indeterminados é saber qual a natureza do poder que é exercido quando se interpreta e aplica esses tipos de conceitos. Em sua obra, assumidamente construída para garantir os direitos dos Cidadãos previstos na Constituição, apregoa um controle criterioso da Administração pelos Tribunais, incluindo “[...] a aplicação dos conceitos indeterminados – onde constantemente continuam a ser cometidos graves atropelos aos direitos e interesses garantidos pela Constituição e pela lei em geral ao cidadão.”<sup>407</sup>

Interpretar o conceito indeterminado é conferir um sentido de “verdade” ao texto normativo. No caso do nosso trabalho, uma verdade que irá autorizar, legitimar, o gasto público. Explica Foucault que:

[...] a verdade não existe fora do poder ou sem poder [...] A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro.<sup>408</sup>

Num Estado Democrático de Direito, o poder deve pertencer ao povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Assim, as “verdades”, ou melhor, os ajustes consensuais, tem o seu primeiro assento na Constituição Federal, fruto primeiro da expressão popular. É de se esperar que ao imprimir sentido ao conceito indeterminado, no âmbito da gestão pública, o interprete mire-se na Constituição, para que possa fazer uma apreensão legítima da norma.

Aferir o conceito normativo, dar sentido ao texto da norma, trata-se de verdadeira expressão de poder, portanto, esta manifestação deve ser controlável, como é típico no Estado de Direito.

Não sem razão, como afirmamos anteriormente, o Constituinte Originário previu no texto constitucional, além do controle de economicidade e legalidade, o controle de legitimidade gasto público.

#### 5.2.2.1 *Densificação do conceito indeterminado*

Conquanto se aceite a existência de discricionariedade quanto aos conceitos indetermi-

<sup>407</sup> SOUZA op. cit., p.15

<sup>408</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003, p. 12

nados, essa margem se dá de forma residual, “[...] *cingir-se-á sempre ao campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicado.* Fora daí não haverá discricionariedade, mas vinculação.”<sup>409</sup> (destaques do autor)

Por mais indeterminado que seja o conceito, ele tem algum conteúdo determinável. Diante do conceito indeterminado sempre há uma *zona de certeza positiva*, onde não há dúvida da aplicação do conceito e uma *zona de certeza negativa*, onde não há dúvida da não aplicação do conceito. A discricção reside na zona cinzenta.<sup>410</sup>

A Lei de Licitações<sup>411</sup>, por exemplo, estabelece dentre os casos de inexigibilidade de licitação a contratação de profissional de “notória” especialização para a prestação de serviços técnicos de natureza singular. De certo que em determinados casos não teremos dúvidas de estarmos diante de um profissional reconhecidamente notório e, em outras situações, a notoriedade estará evidentemente ausente, mas na zona de penumbra pode vir a pairar razoável dúvida sobre a notoriedade, abrindo margem à discricionariedade. Mas, tanto na zona de certeza positiva, quanto na zona de certeza negativa, não existiria margem para atuação discricionária.

Deve-se observar ainda o *contexto em que os conceitos indeterminados são aferidos*. A interpretação sempre se faz contextualmente, ou seja, “[...] em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas [...] *as partes só entregam sua realidade exata quando se tem conhecimento do todo.*”<sup>412</sup> (destaque do autor)

#### 5.2.2.1.1 Karl Larenz: conceitos indeterminados, pautas carecidas de preenchimento

A ordem jurídica contém regras que servem como normas de conduta para os cidadãos e também como normas de decisão para os julgadores. Explica Larenz que é característico de uma regra, em primeiro lugar, a sua exigência vinculante de comportamento ou ser uma pauta vinculante de julgamento e, em segundo lugar, sua pretensão de validade para todos os casos semelhantes.<sup>413</sup>

Para Larenz a regra do direito tem a forma linguística de uma proposição jurídica. Ele distingue proposição jurídica de proposições enunciativas. Estas contêm afirmações sobre

<sup>409</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 31.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>411</sup> Lei 8.666/1993, art. 25, II.

<sup>412</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 30.

<sup>413</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p.350.

fatos, sobre os quais se pode afirmar serem falsos ou verdadeiros. As proposições jurídicas, por sua vez, contêm enunciados sobre o Direito vigente. Assim, “[...] não se poderá [...] perguntar se esta proposição jurídica é verdadeira ou falsa, mas somente se é válida, se constitui parte integrante do ordenamento jurídico.”<sup>414</sup>

As proposições jurídicas são, portanto, regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem, e para cumprir suas funções devem ser aplicadas. “Sempre que uma situação de fato concreta S realiza a previsão P, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica C; mas concisamente para cada caso P vigora C.”<sup>415</sup>

Assim, se determinada norma traz um comando que se realiza em determinado fato, vale para o caso a consequência prevista na norma. A isso Larenz denomina de “silogismo de determinação da consequência jurídica”. “Nele, a premissa maior é constituída por uma proporsição jurídica completa e a premissa menor pela subordinação de uma situação de fato concreta...”<sup>416</sup>

O processo aqui descrito está longe ser caracterizado como um mero processo de silogismo de subsunção, isso só seria possível se a premissa maior se tratasse de um conceito, mas:

Só se pode falar em um “conceito” em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. O sentido de uma tal definição é o de que “só quando e sempre que” todas as notas distintivas do conceito se apresentarem em algum objeto poderá ser esse objeto subsumido ao conceito, quer dizer, pertence à classe de objetos por ele designados. A “premissa maior” do silogismo subsuntivo é a definição do conceito, a “premissa menor” é a constatação [...]”<sup>417</sup>

No processo de subsunção, verifica-se se o objeto apresenta todas as notas distintivas presentes no conceito. No entanto, o mais comum é que a premissa maior não se apresente na forma de um conceito, onde estejam em evidência todas as suas notas distintivas, mas na forma de tipo.

As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequências passíveis de gradação e até certo ponto comutáveis entre si. Consideradas isoladamente, só têm o significado de sinais ou indícios. O que é decisivo é em cada caso, a sua conexão na realidade concreta.<sup>418</sup>

Diferentemente do conceito, onde se poderia pensar num processo de subsunção, em

<sup>414</sup> LARENZ, op. cit. p. 351.

<sup>415</sup> Ibid. p. 358.

<sup>416</sup> Ibid. p. 381.

<sup>417</sup> Ibid. p. 300.

<sup>418</sup> Ibid. p. 307.

que a premissa menor se enquadre perfeitamente nos termos trazidos pelo texto, o pensamento tipológico é orientado a valor e sua aplicação se dá por processo de coordenação.<sup>419</sup> “A necessidade de um pensamento ‘orientado a valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica.”<sup>420</sup> São exemplos expressões como boa-fé, justa causa, relação inadequada, prazo razoável.

Interessa-nos aqui a primeira parte da equação, a determinação do sentido da premissa maior, o ponto de partida para um processo de aplicação da lei e que prevê uma primeira consequência jurídica em abstrato. Se as notas distintivas do fato se amoldam à proposição jurídica, a consequência em concreto se aproxima da consequência em abstrato.

Tomemos como exemplo a aquisição da propriedade urbana pela usucapião.<sup>421</sup> Nos termos do art. 1.240 do Código Civil, “[...] aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.” Se determinada pessoa preenche de fato os requisitos previstos na premissa maior, deriva daí a consequência jurídica de aquisição da propriedade.

Vejamos ainda no âmbito da usucapião o art. 1.242 do Código Civil: “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

No primeiro exemplo, há exigências tais como a inexistência de oposição e a ocupação ininterrupta que deverão ser comprovadas a partir da averiguação da situação de fato, verificando, por exemplo, se eventual proprietário do imóvel o teria reclamada em algum momento ou se a ocupação tenha sofrido descontinuidade. Explica Larenz que, na maioria dos casos, exige-se um juízo baseado no saber técnico ou em experiências sociais<sup>422</sup>, de maneira que a determinação da consequência jurídica em abstrato é apenas provisória, devendo-se fazer indagações posteriores.

Mas mesmo esse raciocínio somente seria válido “[...] para aquelas proposições jurídicas que connexionam uma situação de fato solidamente esboçada mediante as suas notas

---

<sup>419</sup> LARENZ, op. cit., p. 309.

<sup>420</sup> Ibid. p. 310.

<sup>421</sup> O exemplo da usucapião foi utilizado por Larenz, op. cit., p. 387, mas aqui nos valeremos do texto da lei brasileira.

<sup>422</sup> LARENZ, op. cit., p. 388

características com uma consequência jurídica que é do mesmo modo solidamente esboçada.<sup>423</sup>

No segundo exemplo, a determinação da consequência jurídica depende antes da determinação de conceitos imprecisos previsto no texto, como “justo título” e “boa-fé”.

Esclarece Larenz que “[...] existem proposições jurídicas que se servem, para a determinação da situação de fato de um conceito indeterminado, de uma pauta carecida de preenchimento como a ‘boa-fé’ ou ‘razão importante’ e que, por isso, requerem mais do que o processo de subsunção [anteriormente descrito]”.<sup>424</sup>

Tomemos outro exemplo. O art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, que autoriza a dispensa de licitação para “[...] contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Vejamos os seguintes conceitos indeterminados presentes no citado dispositivo: “crítica especializada” e “opinião pública”. Uma vez decifrados, autorizarão a contratação direta do profissional. As contratações diretas são exceções à regra geral do dever de licitar, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, é a autorização para privilegiar determinados indivíduos. No entanto, se um profissional contratado com base em inexigibilidade de licitação não detiver as características do conceito decifrado pela autoridade competente para o exercício do controle do ato praticado, o agente responsável pela contratação poderá vir a sofrer sanções disciplinares em âmbito administrativo, ser responsabilizado criminalmente, nos termos do art. 86 da Lei 8.666/1993, por inexigir indevidamente o certame, ter suas contas rejeitadas pelos Tribunais Contas, com a aplicação das respectivas sanções previstas nas leis orgânicas destes tribunais, a exemplo da Lei 8.443/92 do Tribunal de Contas da União, que prevê, dentre outras sanções, multa e inabilitação para o exercício de função de confiança. O agente que praticou o ato indevido de inexigibilidade de licitação poderá ainda responder por ato de improbidade administrativa, no âmbito da Lei 8.429/1992.

Assim, extrair o sentido do conceito indeterminação é definir o verdadeiro sentido da norma. Se, no nosso exemplo, o artista contratado se enquadrar no que o intérprete entenda ser “crítica especializada” ou “opinião pública”, estará legitimada a fuga ao constitucional dever de licitar.

---

<sup>423</sup> LARENZ, op. cit., p. 389

<sup>424</sup> Ibid. p. 389

Larenz aduz aos conceitos indeterminados como “pautas carecidas de preenchimento”.<sup>425</sup> Segundo ele, tais conceitos têm sido concretizados pelos tribunais segundo as pautas de valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial a Constituição e também com base em pautas valorativas estabelecidas em decisões que o próprio tribunal utiliza como exemplo.<sup>426</sup>

Ele descarta a valoração como um sentimento, como um fenômeno psíquico, como um ato irracional. Para ele, a tarefa do jurista é precisamente a materialização das valorações.

Frente ao filósofo moral, que busca algo de semelhante, o jurista tem neste ponto a vantagem de que a ele as pautas de valoração por que há de reger-se estão-lhe previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos, mesmo quando necessitem para a sua ‘aplicação’ de outros atos, como uma concretização. Pelo menos, a direção em que ele deve prosseguir é lhe, por essa via, traçada.<sup>427</sup>

Assim, o intérprete deve buscar um esclarecimento possível do conceito indeterminado dentro de uma pauta de valoração aceita. Larenz aponta a ideia de sistema interno como norte e limite para uma interpretação válida do conceito indeterminado<sup>428</sup>. Ele destaca a importância dos “princípios ético-jurídicos” para a formação dos sistemas e como “critérios teleológicos objetivos da interpretação”. Os princípios são “[...] pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude da sua força de convicção, podem justificar soluções jurídicas.”<sup>429</sup>

Caso os princípios entrem em contradição entre si a solução e a ponderação dos bens envolvidos, nos moldes sugeridos por Alexy.<sup>430</sup>

Larenz aduz a uma ordem hierárquica interna e, no que tange a ela, “[...] é claro que a Lei fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana que aos bens materiais.”<sup>431</sup> Os princípios se entrelaçam e ora se afastam mutuamente ou ora se justificam, num jogo acertado onde o resultado é um arcabouço valorativo que direcionam o intérprete para uma pauta de valoração que lhe serve de matriz objetiva para uma interpretação aceitável do conceito jurídico indeterminado. O “jogo concertado dos princípios” significa que no conjunto de uma regulação não só complementam, mas, também, se restringem mutuamente.<sup>432</sup>

---

<sup>425</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 406.

<sup>426</sup> Ibid. p. 407.

<sup>427</sup> Ibid. p. 410.

<sup>428</sup> Ibid. p. 389.

<sup>429</sup> Ibid. p. 674.

<sup>430</sup> Vide item 3.5.2 Distinção entre princípios e regras e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

<sup>431</sup> LARENZ, Karl, op. cit., p. 677.

<sup>432</sup> Ibid. p. 679.



Além dos princípios, a nortear uma interpretação válida dos conceitos jurídicos ditos indeterminados, Larenz chama atenção para o fato de que os conceitos jurídicos são determinados pela função.

Se os conceitos procurados não de ser úteis para o “sistema interno”, não podem ser unicamente conceitos gerais e abstratos que serão, com o progressivo grau de abstração, cada vez mais desprovidos de conteúdo. Tem antes que se tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável.<sup>433</sup>

Ora, de fato um conceito dito indeterminado não pode ser interpretado como se fosse jogado de forma isoladamente em uma frase. Ele deve ser interpretado tendo em vista os princípios que lhe são subjacentes no sistema e tendo-se em conta a função que o conceito deve exercer no contexto da regulação em que está inserido. “Os conceitos determinados pela função servem, além disso, para garantir adentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica.”<sup>434</sup>

Assim, por exemplo, no caso da chamada “opinião pública” prevista no art. 25, inciso III da Lei 8.666/1993, há de se considerar que ela foi inserida num complexo de regulação que disciplina as contratações públicas. Um artista consagrado pela “opinião pública” terá como consequência jurídica a dispensa da disputa para sua contratação pelo Poder Público. A “opinião pública” há de se referir, neste caso, a um consenso em torno das qualidades de determinado artista que o consagra perante determinado público. Pode ser que em outro contexto de regulação, tendo em vista a função específica da expressão “opinião pública”, ela assuma novos contornos.

Explica Larenz que “na ótica de WANK, *todos* os conceitos utilizados numa proposição jurídica são, em última análise, conceitos determinados pela função. Eles serviriam todos a um determinado fim de regulação; este determinaria não só o seu conteúdo como também a sua forma.”<sup>435</sup>

O que se depreende é que o intérprete não é livre para dar ao conceito dito indeterminado o sentido a que bem lhe prouver, deve-se valer de uma pauta de valoração, cujo conteúdo deve ser extraído dentro do próprio sistema, conforme os princípios que lhe são inerentes e a função que o conceito deve exercer dentro de um determinado sistema de regulação.

---

<sup>433</sup> LARENZ, op. cit., p. 686.

<sup>434</sup> Ibid. p. 687.

<sup>435</sup> Ibid. p. 689.

Importante ainda destaca o caráter aberto do sistema, o que possibilita a descoberta de novos princípios, a releitura dos existentes, principalmente quanto ao seu alcance. O sistema é, pois, dinâmico, o que pode trazer renovação para a pauta de valoração. Não significa dizer, contudo, que a pauta valorativa seja constantemente mudada – podemos nos referir, por exemplo, a princípios que, como o de tratar igual quem se encontra em situação igual, tende a perdurar e se estabilizar no sistema –, mas que a pauta valorativa sofre influência das contingências históricas.

O caráter aberto do sistema não retira a sua coerência como elemento objetivo para aferição do sentido dos conceitos indeterminados, tornando tal aferição objetiva e, portanto, sindicável.

#### 5.2.2.1.2 Friedrich Müller: a norma só se completa em contato com a realidade

Segundo Friedrich Müller, a norma não é apenas o texto da lei, este faz parte do programa normativo. Para que a norma efetivamente surja, será necessária a interação do programa normativo com o âmbito normativo. Müller parte do estudo das decisões da Corte Constitucional Federal alemã e constata que, não obstante as declarações daquela Corte de estar vinculado à doutrina tradicional de interpretação, se valendo de métodos de interpretação gramáticas, sistemáticos, teleológicos, históricos, verificação da vontade do legislador, o que estaria ocorrendo de fato não seria um simples processo de interpretação de textos legais, mas verdadeiro processo de construção da norma.

A teoria proposta por Müller não propõe uma forma de interpretação da norma, mas de construção da própria norma, por isso “teoria estruturante do direito”.

A teoria de Müller propõe a superação da antinomia “ser” e “dever-ser”, presentes na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que se unem para concretizar a norma em cada caso. “A separação de norma e fato, feita pela teoria do direito, mostra-se como algo sem sentido e impossível de se realizar, sob o ponto de vista da teoria da norma.”<sup>436</sup>

Não se trata de abandonar o texto da norma, mas partindo dele, a verdadeira norma somente será concretizada quando em contato com o âmbito normativo.

As estruturas dos âmbitos normativos não podem por si pleitear validade nem para o legislador nem para a concretização do direito. Elas devem antes ser transformadas

---

<sup>436</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Maumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008, p. 151.

pela decisão do legislativo em ordenamento jurídico válido e ser introduzidas na concretização da norma por meio da questão normativamente guiada, formulada pelo operador do direito.<sup>437</sup>

Parte-se do texto da lei, o que privilegia a posição do Legislador, mas o seu verdadeiro sentido somente poderá ser atingido a partir da sua interação com o âmbito normativo, a partir de sua interação com os fatos que pretende regular. Assim, não só eventual conceito indeterminado no texto da lei, mas todo o texto só terá seu sentido apreendido e convertido em norma a partir de seu contato com a realidade.

Tomemos novamente como exemplo a expressão “opinião pública” presente na Lei 8.666/1993 a legitimar a contratação direta de artista consagrado. A opinião de que público se refere a lei? De certo que deve ser a opinião do público para o qual o artista irá se apresentar. Portanto, à luz da teoria estruturante, o que venha ser efetivamente opinião pública somente seria possível de ser aferido tendo em vista a verificação *in concreto* qual o público alvo que se voltará a apresentação de determinação artista. Pode ser que a opinião pública de determinado grupo não seja a mesma opinião pública de outro grupo, principalmente quando se trata do campo da arte.

A relevância da teoria de Müller está em demonstrar que os conceitos indeterminados (para Müller) todas as normas serão decifradas diante do caso concreto. E os elementos do caso concreto são fatos objetivamente apreciáveis, ao menos quanto à sua existência.

### 5.2.3 Discrecionariade técnica

Segundo Antonio Francisco de Souza, a expressão discrecionariade técnica foi empregada pela primeira vez por Bernatzik, no ano de 1864. Pretendia-se englobar neste conceito as decisões que, embora não sendo discrecionárias, deveriam ficar de fora do controle judicial, dada a necessidade de uma formação técnica.<sup>438</sup>

Da “impossibilidade técnica de controlo” e “falta de preparação dos juízes” resultaria para Administração uma “liberdade limitada” de manobra, isto é, toda decisão altamente técnica ou implicando um juízo de valor próprio da Administração seria livre, desde que não fosse viciada de “erro manifesto” ou de erro sobre os pressupostos de fato.<sup>439</sup>

O citado autor questiona a cientificidade desta doutrina, pois, primeiro, não seria possível afirmar com clareza o que seriam decisões altamente técnicas; segundo, o juiz

<sup>437</sup> MÜLLER. p. 174.

<sup>438</sup> SOUZA, op. cit., p. 105-106.

<sup>439</sup> Ibid., p. 107.

sempre pode se fazer valer de peritos; e, terceiro, o controle com base somente no chamado erro manifesto se mostraria insuficiente, tendo vista que a própria expressão “erro manifesto” seria imprecisa e careceria de valoração caso a caso, gerando insegurança jurídica, e, se o controle frisa-se apenas no erro manifesto, isso significaria tolerância ao erro não manifesto. “Ora, tanto é erro o ‘erro manifesto’ como o ‘erro não manifesto’”.<sup>440</sup> Arremata o autor, dizendo que deveria ser abolido o termo “discricionariedade técnica”, pois são meros conceitos técnicos ou conceitos indeterminados.<sup>441</sup>

Na denominada “discricionariedade técnica” seria possível distinguir três tipos de situações diferentes: (a) juízos técnicos de verificação, onde não há que se falar em discricionariedade, pois se trata apenas de verificar a materialidade de um fato com base em juízos cognoscitivos e não valorativos; (b) valoração técnica, que seria uma mera valoração de fatos, susceptível de apreciação vária, como os juízos sobre o valor artístico; e (c) juízos de probabilidade ou de prognose, que são juízos de caráter técnico que se projetam para o futuro, como, por exemplo, o juízo sobre a capacidade de tráfego de um aeroporto.<sup>442</sup>

Segundo Eros Grau, sob o signo de “discricionariedade técnica”, estariam as “decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar”.<sup>443</sup> No entanto, justamente o seu caráter técnico eliminaria a possibilidade de discricionariedade, pois, “[...] se a decisão é técnica, evidentemente há *standards*, e muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão.”<sup>444</sup>

No direito francês, o Conselho de Estado trata a discricionariedade técnica como discricionariedade administrativa, mas admite-se a apreciação do Poder Judiciário, no caso de erro manifesto, uma vez que no caso de erro que salta aos olhos, a exclusão da apreciação do judiciário conduziria ao arbítrio.<sup>445</sup>

Nos Estado Unidos, a discricionariedade técnica ganha relevo no contexto das agências reguladoras. Inicialmente, adotou-se naquele país algo próximo da teoria do erro manifesto. No entanto, a partir da década de 60, os três pilares em que se baseou a instituição

---

<sup>440</sup> SOUZA, op. cit., p 107-109.

<sup>441</sup> Ibid., p. 111.

<sup>442</sup> Ibid., p. 112.

<sup>443</sup> GRAU, Roberto Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214.

<sup>444</sup> Ibid. p. 114.

<sup>445</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.

de agências reguladoras nos Estados Unidos – especialização, neutralidade e discricionariedade – começaram a ser afetados por interesses setoriais, juízos políticos de valores e ampliação da apreciação judicial sobre os aspectos técnicos da decisão, aplicando-se inclusive os princípios da motivação, racionalidade e razoabilidade dos atos normativos (editados pelas agências) e o princípio da proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei.<sup>446</sup>

No Brasil, esclarece Di Pietro, que a discricionariedade técnica tem que ser analisada sob dois aspectos: (a) em relação aos atos administrativos propriamente ditos e (b) em relação aos atos normativos de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta.<sup>447</sup>

No primeiro aspecto, quanto ao controle judicial da discricionariedade técnica dos atos administrativos, não há uniformidade da doutrina, dividindo-se em duas correntes: (a) os que defendem que quando a lei empregar conceitos indeterminados somente haverá uma solução válida, cabendo ao Judiciário rever e corrigir a interpretação; (b) e os que defendem que o emprego, na lei, de conceitos jurídicos indeterminados podem ou não gerar discricionariedade; assim, haveria três tipos de conceitos: os *conceitos técnicos*, que não gerariam discricionariedade, porque a solução é baseada em dados da ciência; os *conceitos de experiência ou empírico*, que também afasta a discricionariedade, uma vez que tais conceitos são aferidos com base em critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, e que levam, pois, a uma única solução possível; os *conceitos de valor*, como por exemplo, moralidade, interesse público, que podem ou não gerar uma margem de apreciação.<sup>448</sup>

Quanto ao segundo aspecto – os atos normativos editados por órgãos e entidades da Administração direta e indireta –, assevera Di Pietro, que, no caso da discricionariedade técnica, não haveria discricionariedade propriamente dita, uma vez que não há opções a serem feitas por critérios de oportunidade e conveniência. Não haveria decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Existiria uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência (admite a autora os conceitos técnicos e os conceitos de experiência).<sup>449</sup> O poder regulamentar só existiria quando a lei deixasse ao *Poder Executivo* certa margem de discricionariedade para decidir como a lei seria cumprida.<sup>450</sup>

Em pesquisa a julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível constatar a variedade de entendimento. No agravo regimental no recurso em mandado de segurança

---

<sup>446</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, op. cit., p. 10.

<sup>447</sup> Ibid., p. 11.

<sup>448</sup> Ibid., p. 12.

<sup>449</sup> Ibid., p. 14.

<sup>450</sup> Ibid., p. 15.

45359/PE, em que se apreciavam questões referentes a concurso público, entendeu aquela Corte que “[...] a justiça ou injustiça da decisão da Comissão do Concurso é matéria de mérito do ato administrativo, sujeito à discricionariedade técnica da autoridade administrativa.”<sup>451</sup>

De maneira diferente, ao apreciar o Recurso Especial nº 1162281/RJ, que tratou de registro de marca pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), se posicionou o STJ, entendendo que “[...] os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma discricionariedade técnica e vinculada, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes.”<sup>452</sup>

Num terceiro julgado, o STJ, ao apreciar o agravo regimental no agravo regimental do recurso especial 1043779/SC, admitindo a existência de uma discricionariedade técnica, se posiciona pela apreciação da mesma, uma vez que haveria um erro manifesto:

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, embora deva ser caso de respeitar a discricionariedade técnica na presente hipótese, é fato que a análise dos requisitos para a outorga da autorização de funcionamento de rádio comunitária não pode perdurar por tempo indeterminado, situação que configuraria verdadeira deferência ao abuso de direito, devendo ser fixado prazo para a completa análise do pedido formulado administrativamente.<sup>453</sup>

Do ponto de vista da sindicabilidade da gestão pública, tanto a tese que descarta a natureza discricionária da “discricionariedade técnica”, tornando o ato perfeitamente sindicável, por um recurso à ciência ou à experiência, quanto aquela que o trata como um ato discricionário, mas também sindicável, nos moldes do que viemos abordando até aqui, permite uma análise da legitimidade da gestão. Entendemos, contudo que, em face do quadro teórico que se formou no que diz respeito à apreciação do mérito do ato administrativo, já não seria possível sustentar a impossibilidade de apreciação da “discricionariedade técnica”, ou a sua apreciação somente quando houvesse erro manifesto, contudo, mesmo na discricionariedade técnica, não vislumbramos a possibilidade de uma única resposta.

#### **5.2.4 Margem de prognose**

Neste ponto, pretendemos abordar as considerações feitas por Antonio Francisco de

---

<sup>451</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso de mandado de segurança nº 45359/PE. Segunda Turma. Sessão de 5/2/2015. *DJe* de 11/2/2015.

<sup>452</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1162281/RJ. Terceira Turma. Sessão de 19/2/2013. *DJe* de 25/2/2013.

<sup>453</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A Agravo regimental no agravo regimental do recurso especial 1043779/SC. Segunda Turma. Sessão de 3/11/2012. *DJe* de 21/11/2012.

Souza, em sua obra “*Conceitos Indeterminado no Direito Administrativo*”

Etimologicamente prognose significa previsão ou pré-conhecimento. “Sendo a prognose uma afirmação sobre acontecimentos futuros, não é juízo de subsunção, mas juízo de probabilidade.”<sup>454</sup> A prognose é um elemento essencial no campo da planificação administrativa, onde a administração, tendo em vista os fins a serem almeçados, projeta um quadro de gasto público para o futuro. Na *análise prognóstica* é possível distinguir a base, o método é o resultado.

(a) Da base da prognose fazem parte factos, dados, variantes ocasionais, princípios da experiência, graus de probabilidade, etc. todos estes factos podem ser determinados objetivamente. (b) Do método prognóstico fazem parte, nomeadamente, os procedimentos de prognose, como também os métodos prescritos e processos de natureza científica que trabalham com a análise do tempo e modelos económicos assentes na extrapolação de processos escolásticos. Do método prognóstico fazem ainda parte a plausibilidade e a racionalidade. (c) O resultado da prognose contém o juízo futuro em sentido estrito, o qual é feito sobre a base da prognose, servindo-se dos métodos e critérios da prognose.<sup>455</sup>

Sobre a existência ou não de uma margem de prognose livre do controle judicial, o autor responde negativamente. Apesar de reconhecer que neste campo o controle não é total, “[...] não é verdade que sempre que uma decisão implica um juízo prognóstico (em sentido estrito), essa decisão entra no campo restrito da Administração, no qual está vedada qualquer penetração dos tribunais.”<sup>456</sup>

Seriam perfeitamente passíveis de controle a (a) questão da prognose, (b) o grau de probabilidade, (c) a base da prognose, e (c) o procedimento da prognose.

A questão da prognose, segundo o autor, é dada pela lei, assim caberia o controle para verificar se ela foi devidamente colocada pela administração.<sup>457</sup> “Do mesmo modo, está sujeita ao controle pleno a verificação da segurança da prognose, ou seja, o grau de probabilidade a considerar na apreciação de acontecimentos futuros.”<sup>458</sup>

A base da prognose seria também controlável. “Cai sob o controlo jurisdicional a questão de saber se a Administração tomou corretamente e na sua plenitude as circunstâncias em que assentou a sua prognose.”<sup>459</sup>

De certo que alguns elementos poderiam vir escapar na formulação da base, aqui,

---

<sup>454</sup> SOUZA, op. cit., p. 115

<sup>455</sup> Ibid., p. 117.

<sup>456</sup> Ibid., p. 126.

<sup>457</sup> Ibid., p. 124.

<sup>458</sup> Ibid., p. 125.

<sup>459</sup> Ibid., p. 125.

pensamos nós, há de haver um juízo de razoabilidade para verificar se algum elemento essencial tenha sido ignorado na base. Por exemplo, não é possível conceber que num planejamento público, nos estados do nordeste do Brasil, se ignore o fato de longos períodos de seca. Este é um dado que, se ignorado, tornaria ilegítimo o planejamento.

Também seria passível de controle o “procedimento da prognose”, podendo ser controladas as seguintes questões:

1 – se a autoridade violou normas de procedimento; 2 – se considerou aspectos estranhos à prognose; 3 – se a prognose foi devidamente fundamentada; 4 – se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; 5 – se Administração observou na sua decisão prognósticas os padrões gerais de valor; 6 – se a prognose é ‘reconhecidamente’ ou ‘de modo evidente’ errada.<sup>460</sup>

Para o autor, a decisão de prognose poderá ser anulada caso não se apresente como o resultado lógico da base da prognose acionada pelo método adequado.<sup>461</sup> Mas, ao final, defende que “[...] a fixação da meta ou o alvo prognóstico em si mesmo não poderá em princípio e sem mais ser posto em causa pelo tribunal”.

De certa forma o autor admite que o controle da decisão prognóstica é perfeitamente possível nos seus elementos objetivos.

### 5.2.5 Desvio de poder e a finalidade a ser perseguida pela administração

A anulação dos atos administrativos por desvio de finalidade, ou desvio de poder, é uma construção original do Conselho de Estado da França. Trata-se de uma elaboração, portanto, do juiz administrativo e não do legislador.<sup>462</sup> O marco inicial teria se dado com a decisão do caso *lesbats*, em 25 de fevereiro de 1864, não obstante alguns autores se reportarem ao caso *Vernes*, de 16 de maio de 1858.<sup>463</sup>

O desvio de poder “[...] se identifica sempre que o agente administrativo, embora competente, pratica determinado ato mediante o uso dos seus poderes legais para fim diverso daquele em virtude do qual lhe foram concedidos.”<sup>464</sup> Verifica-se no presente trecho extraído de Caio Tácito, a noção de poderes vinculados a deveres correlatos. Os “poderes” são atribuídos aos diversos agentes do Estado para a persecução das finalidades públicas estabelecidas

<sup>460</sup> SOUZA, op. cit., p. 125.

<sup>461</sup> Ibid., p. 126.

<sup>462</sup> TACITO, op. cit., p. 72.

<sup>463</sup> Ibid., p. 74.

<sup>464</sup> Ibid., p. 73.



no ordenamento. Assim, a conduta do agente, que embora competente, viole as finalidades que o ato deveria alcançar merece reprimenda. A finalidade do ato é elemento vinculado à efetivação dos interesses públicos, portanto, sempre sindicável.

O desvio de poder, ou desvio de finalidade, é espécie do gênero abuso de poder, que ainda comporta, como outra espécie, o excesso de poder.<sup>465</sup>

Em ambos os casos, o agente é competente para a prática do ato; no excesso, o agente extrapola sua competência e, no desvio, o agente pratica o ato visando a fim diverso previsto na lei.

O desvio de finalidade está expressamente previsto na lei que trata da ação popular e “[...] se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente na regra de competência.”, podendo ser arguido por qualquer cidadão em sede de ação popular, quando for lesivo ao patrimônio público.<sup>466</sup>

O que demonstra que a finalidade a ser perseguida pelo agente público não se encontra no campo da insindicabilidade, antes, pelo contrário, passível de ser contrastada por qualquer cidadão a partir dos efeitos concretos produzidos pela prática do ato.

O desvio de finalidade traz consigo uma noção teleológica, qual seja, o fim que deve ser perseguido pela autoridade administrativa,<sup>467</sup> servindo de limite para a chamada discricionariedade administrativa.

A finalidade será, conforme o caso, mais ou menos genérica e a presunção se estabelece em favor da regularidade da ação administrativa do Estado. Não se pode, contudo, admitir, em nenhuma hipótese, a inexistência de um fim específico, que transforme a competência em um cheque em branco, sem destinação própria.<sup>468</sup>

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, haverá desvio de poder mesmo quando a autoridade, visando ao interesse público, se vale de ato cuja destinação legal é diversa. “No Estado de Direito é garantia do administrado saber que o poder público está adstrito não só aos fins que de antemão a lei elegeu como prezáveis, mas também aos meios que adrede categorizou como sendo os próprios para suprir as finalidades consideradas valiosas [...]”<sup>469</sup>

O desvio de finalidade pode se configurar tanto na ação quanto na omissão do agente que deveria praticar o ato. Ao gestor público são lhe atribuídas competências para a perse-

<sup>465</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *A anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 16.

<sup>466</sup> Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, arts. 1º e 2º, parágrafo único, aliena ‘e’.

<sup>467</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 16.

<sup>468</sup> TACITO, op. cit. p., 81.

<sup>469</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 37.

cução dos fins traçados pelo ordenamento, trata-se, antes de um poder, um dever de exercer uma função em benefício de outrem. Assim, não lhe é dado se omitir, quando a lei impunha que ele agisse.

Para detecção dos casos de desvio de finalidade, é necessário o exame da matéria de fato. “Se o Judiciário se detiver, sob um errôneo respeito ao poder discricionário, no exame puramente externo da conduta administrativa, não poderá surpreender, na maioria dos casos, as violações sub-reptícias.”<sup>470</sup>

Assim, deve ser analisado todo o conjunto de circunstâncias que envolve o ato, verificando seus antecedentes, o momento em que foi praticado, os motivos que o embasam, enfim, deve-se colher “um feixe de indícios convergentes”, capaz de autorizar a formação de convicção do controlador.<sup>471</sup>

A análise da discricionariedade administrativa não pode estar hermeticamente fechada ao exame de adequação do ato à finalidade pretendida pelo ordenamento. Extrapolam o mérito e tornam o ato ilegítimo os critérios eleitos pelo gestor que não são orientados para se atingir o fim legal, mormente aqueles contaminados por intuítos pessoais; que não se valem de meios adequados; que se revelam como opções desarrazoadas; que são incoerentes com os fatos que envolvem a prática do ato, com as premissas que o ato deu por estabelecidas, com decisões anteriores; que não guardem proporcionalidade do ato em relação aos fatos, usando-se de medidas que extrapolam o necessário para o atingimento dos fins.<sup>472</sup>

### 5.2.6 O dever de motivação e o dever de ponderação

Motivos são as circunstâncias de fato e de direito que autorizam a administração à prática do ato. O motivo legal é a previsão em abstrato da situação fática e o motivo de fato é a própria situação fática.<sup>473</sup>

Diógenes Gasparini explica que o motivo é a situação fática ou de direito que autoriza ou *impõe* ao gestor público a prática do ato.<sup>474</sup> E não sem razão. O gestor público recebe apenas poderes instrumentais para o cumprimento de deveres que lhe são impostos. Trata-se do exercício de uma função em benefício de outrem. Assim, diante de determinada situação

---

<sup>470</sup> TACITO, op. cit. p., 81.

<sup>471</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 82.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p. 82-83.

<sup>473</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>474</sup> GAPARINI, op. cit., p. 116.

prevista na norma, deve o gestor agir buscando o fim almejado pelo ordenamento, sob pena de se configurar desvio de poder por omissão.

Não se pode confundir o motivo com a intenção (o móvel) do agente. A intenção é subjetiva, interna, psicológica. O motivo é externo, objetivo. O motivo reside na lei e na realidade empírica que precedem a existência do ato e é condição de sua validade.<sup>475</sup>

A sindicabilidade dos motivos que levaram à prática do ato é perfeitamente viável. Como realidade é objetiva deve ser averiguada a existência efetiva dos motivos fáticos. “Se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade.”<sup>476</sup>

A possibilidade de averiguação dos motivos há muito já ingressou no nosso ordenamento, tomando por viciado o ato cujo motivo seja inexistente ou inadequado ao fim a que se pretende alcançar: “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”<sup>477</sup>.

Deve-se verificar não só a efetiva existência dos motivos, mas, também, se certificar da “adequação à face de princípios encapados pelo Direito, entre a situação tomada como base para a prática do ato e a finalidade que a lei atribuiu à competência exercida.”<sup>478</sup> Trata-se da verificação da causa, que é a “relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato (motivo) e o conteúdo do ato [...] em vista de sua finalidade legal.”<sup>479</sup>

A aferição do motivo é menos complexa quando a lei se vale de conceitos precisos, tal como aquela que obriga os servidores a se aposentarem aos setenta anos de idade. No entanto, a apreensão do motivo se torna mais complexa, mas não inviável, quando a norma emprega conceitos vagos, indeterminado.<sup>480</sup>

Não há que confundir motivo com motivação. Está e a enunciação, explicitação dos motivos.<sup>481</sup> A motivação deve ser previamente ou contemporânea à prática do ato, nunca posterior. Na lição de Gastó Jéze:

O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará

<sup>475</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p. 87-88.

<sup>476</sup> TÁCITO, op. cit. p. 60.

<sup>477</sup> Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, arts. 1º e 2º, parágrafo único, aliena ‘d’.

<sup>478</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p.94.

<sup>479</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>480</sup> Vide item 5.2.2 Conceitos indeterminados.

<sup>481</sup> GASPARINI, op. cit., p. 118.

para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando o devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista um interesse público da esfera de sua competência funcional.<sup>482</sup>

Tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários devem ser devidamente motivados,<sup>483</sup> estes com muito mais razão do que aqueles. Não subsiste mais a afirmativa de que “[...] nos atos vinculados a motivação é obrigatória; nos discricionários, é facultativa.”<sup>484</sup>

A administração tutela interesse de toda a coletividade e recebe seus poderes instrumentais para que cumpra os deveres que lhe foram impostos pelo ordenamento. O gestor não age em nome próprio, o princípio da impessoalidade lhe impõe o dever demonstrar os porquês de sua ação, principalmente quando há margem para juízo de oportunidade e conveniência para a prática do ato.

Bastante difundida entre nós, a “teoria dos motivos determinantes” vincula a validade do ato aos motivos indicados como fundamento da sua prática. Assim, se inexistentes ou insuficientes, os atos são nulos.<sup>485</sup>

Celso Antonio Bandeira de Melo questiona se a motivação é requisito autônomo de legitimidade. Ou em outras palavras, se a inexistência de motivação *a priori* ou contemporânea sempre levaria à nulidade do ato. Ressalta ele que, de fato, seria impossível aferição de legitimidade ou correção do ato administrativo se ele tiver sido expedito sem motivação, as razões posteriores são justificativas que jamais poderíamos saber se efetivamente existiram ou foram levadas em consideração no momento da prática do ato<sup>486</sup> e arremata:

Se o motivo foi vinculado é obrigatória a prática do ato ante a sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente exigido e seja demonstrável indubitavelmente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória.<sup>487</sup>

Quando se diz que a motivação é a exposição dos fatos e do direito que autorizam a prática do ato, quer dizer com isso que o gestor é obrigado a apresentar não o fato e a norma específica que autorizariam a prática do ato, mas o quadro fático e jurídico em que foi praticado.

Com a mudança de paradigma para a vinculação da ação da Administração à Consti-

<sup>482</sup> Gaston Jéze, *Les principes généraux Du Droit Administratif*. Paris, 1926, III/219 *apud* MEIRELLES, op. cit. p. 157.

<sup>483</sup> DI PIETRO. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 219.

<sup>484</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 159.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>486</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, op. cit., p.103-104.

<sup>487</sup> *Ibid.*, p.105.

tuição, a motivação do ato ganha novos contornos. A motivação é a garantia de que as decisões da Administração Pública foram tomadas dentro das possibilidades traçadas pela Constituição. “Os atos administrativos, com efeito, não refletem escolhas e opções dos agentes públicos, mas materialização de pré-compreensões constitucionais.”<sup>488</sup>

A vinculação à Constituição exige que o agente público, diante da situação fática, pondere entre princípio, leis, decreto, “conferindo ao ato administrativo o caráter de norma jurídica individual. Não uma norma jurídica individual retirada metafisicamente de textos, mas construída ponderadamente.”<sup>489</sup>

O gestor público não pratica o ato isoladamente, senão dentro de um quadro de fatos e normas que devem ser ponderados, com base nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Deve o gestor avaliar os interesses que estão em jogo. Ponderar que atendendo a determinados interesses, outros deixaram de ser atendidos. Deve o gestor, guiado pelos critérios colocados pela Constituição, fazer uma ponderação do que está em jogo, e motivar o ato considerando seus reflexos no conjunto da gestão.

A motivação dos atos da Administração Pública, como resultado da ponderação, é uma relação de sentido, isto é, uma aproximação entre os indícios formais do texto - regra, princípio, direitos - com as vivências. [...] Ocorre no horizonte de sentido do caso; materializa-se como ponderação(entendimento) na qual agente público tem o dever de avaliar de forma transparente as vinculações constitucionais; e acontece na linguagem, até porque esta é a casa do sentido da Constituição, assumindo especial relevância a linguagem dos princípios fundamentais dos artigos 1º e 3º, CF.<sup>490</sup>

O ato administrativo deve ser visto como um “ato de autêntica ponderação”.<sup>491</sup>

### 5.3 O DEVER DE EFICIÊNCIA

#### 5.3.1 Eficiência enquanto princípio

Os princípios expressam os valores superiores do ordenamento jurídico, “[...] introduzem no sistema constitucional a direção das consequências jurídicas, sem tratar de pormenores, carregando, sempre, uma carga valorativa básica para o sistema jurídico traçado consti-

<sup>488</sup> OHLWEILER, Leonel. Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação: uma análise a partir da viragem hermenêutica. *Revista da AJURIS*, v. 34, n. 107, p. 172-187, set./2007. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/Intzajuris/Ipext.dll/Infobase/12e5a/12ec3/134de?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em 15/1/2015, p. 177.

<sup>489</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 178.

tucionalmente.”<sup>492</sup> Não se tratam apenas de meras diretrizes, a força deôntica dos princípios faz brotar diretamente deles dever-ser.<sup>493</sup>

Conquanto geralmente sejam veiculados mediante conceitos indeterminados, os princípios não são de interpretação livre, seu conteúdo é efetivamente determinado em face das situações concretas, sempre na direção dos vetores Constitucionais.

A ponderação dos princípios, no caso concreto, exige que os resultados se orientem rumo à promoção dos valores superiores da ordem constitucional, que estão sintetizados na idéia-chave da dignidade da pessoa humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.<sup>494</sup>

A eficiência, enquanto princípio constitucional judicializa um critério de observação compulsória pela administração e, conquanto tenha uma carga de abstração e generalidade é possível a sua aferição diante das circunstâncias do caso concreto. “Os princípios constitucionais são, então aqueles, positivados [...] na Carta Magna, com o objetivo de conferir uma identidade a ela, através do estabelecimento de critérios supremos de decisão, mantendo o caráter sistemático e aberto do ordenamento.”<sup>495</sup>

Apesar de estar sendo tratado em tópico específico, que se registre de pronto, que o princípio da eficiência é mais um elementos que contribui para uma objetiva averiguação da discricionariedade administrativa no trato com o gasto público.

### 5.3.2 Conteúdo jurídico da eficiência

O princípio constitucional da eficiência tem origem não jurídica, ganhando enorme relevância na ciência da administração, que trata a eficiência como “[...] relação entre o insumo (recursos e esforços) e o produto (resultados), sendo maior ou menor na proporção do melhor ou pior rendimento dos insumos.”<sup>496</sup> A eficiência representa a relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido, demonstra a relação entre o custo e os benefícios resultantes, relação entre meios e fins. Trata-se de fazer melhor coisa com a utilização dos recursos disponíveis.<sup>497</sup>

<sup>492</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. ref. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.86.

<sup>493</sup> Vide item 3.5.2 Distinção entre princípios e regras e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

<sup>494</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 90.

<sup>495</sup> GABARDO, p. 79.

<sup>496</sup> NUNES, Aquiles Ferraz. *Glosário de termos econômicos e financeiros: mercado de capitais, financeiro e de crédito*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: s.n, 2008, p. 50.

<sup>497</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 93

A eficiência é um mandamento de otimização, no sentido de maximizar os resultados pretendidos, em face dos insumos disponíveis. A aplicação deste princípio na área privada, ganha um sentido diferente na área pública. Conquanto ainda esteja presente ideia de melhor utilização dos insumos para atingimento dos resultados, os resultados esperados na área privada e na área pública são distintos. No setor privado, a eficiência está voltada para a maximização dos lucros. Enquanto princípio constitucional que norteia a atuação da Administração Pública, a eficiência ganha outros contornos. É que o Estado, diferentemente do setor privado, não visa o lucro financeiro, mas sim a máxima realização do bem comum. “Os critérios, pois, para a verificação da eficiência pública é a medida da satisfação dada ao bem comum, ou seja, o nível de atendimento dos objetivos postos pelo ordenamento jurídico para a AP, que, ainda, em uma sociedade pluralista, nunca será absoluto, mas apenas relativo.”<sup>498</sup>

Segundo Emerson Gabardo, é equivocada a ideia de que a exigência de eficiência é uma novidade da iniciativa privada, para ele, a realidade é absolutamente diferente. Na área pública sempre houve uma obrigação legal de eficiência. Enquanto que na esfera privada a eficiência é uma opção do empreendedor, isso jamais poderia ocorrer na Administração Pública, desde que predominou o modelo republicano e democrático de Estado.<sup>499</sup> É que a Administração Privada “[...] rege-se pelos princípios da autonomia, da capacidade universal e da vinculação negativa ao Direito.” A Administração Pública rege-se “pelos princípios da heteronomia, da capacidade por atribuição legal, e da vinculação positiva ao Direito.”<sup>500</sup>

Não raras vezes, costuma-se tratar eficiência com o mesmo conteúdo de eficácia e efetividade, no entanto, no campo das ciências da administração tem sentido diversos.

No *Glossário de termos do controle externo* do Tribunal de Contas da União<sup>501</sup>, eficiência é a “relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade”, eficácia é o “grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados” e, efetividade é a “relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados).”

---

<sup>498</sup> Ibid., p. 165.

<sup>499</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

<sup>500</sup> Ibid., p. p. 62.

<sup>501</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Glossário...* op. cit., p. 10.

Não obstante a noção de eficiência ter sido oriunda das ciências da administração, os conceitos adotados pelas ciências jurídicas de outras ciências passam a ter conteúdo peculiar, “distinto daquele conteúdo original”.<sup>502</sup>

Por ser um princípio jurídico, devemos buscar o conceito de eficiência no ordenamento jurídico, em especial, a partir da Constituição. “Ainda que a eficiência, *a priori*, não seja considerada pela doutrina um conceito de origem jurídica, certamente que, após sua constitucionalização, não se restringe a um ‘ente’ da ciência da Administração ou Economia.”<sup>503</sup>

Segundo Onofre Alves Batista Júnior, a doutrina brasileira faz pouco estudo a respeito do princípio da eficiência e geralmente entendendo que ele era próprio do Estado de Direito. Para o autor essa concepção é equivocada. O princípio da eficiência tem conteúdo próprio e não se confunde com os princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade. No Brasil, o conteúdo princípio da eficiência poder-se-ia ser deduzido do traçado constitucional do Estado Democrático de Direito.<sup>504</sup>

Para Regis Fernandes de Oliveira, o fato de só ter sido inserido o princípio da eficiência na Carta Constitucional em 1998 não significa que antes o Estado não buscava eficiência nas suas ações.<sup>505</sup> Mesmo antes era exigido um comportamento eficiente, probo, leal da administração, no entanto, essa exigência era feita com base no princípio da moralidade, que significava mais um “agir com correção” do que com eficiência.<sup>506</sup>

No Estado de Direito, no que diz respeito a preocupação fundamental com o garantismo jurídico, coincide com o Estado Liberal, que tem uma concepção de eficiência formal e não substancial.<sup>507</sup> A eficiência em manter o Estado negativo se dava através da sacralização da lei.

A partir da formação do Estado Social, em que se passou a exigir do Estado muito mais que uma postura negativa, houve um crescimento da atuação da máquina administrativa para

---

<sup>502</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 97.

<sup>503</sup> GABARDO, op. cit., p. 86.

<sup>504</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 100.

<sup>505</sup> O princípio da eficiência, enquanto mandamento de otimização, é certo que esteve presente no Estado de Direito. O projeto Weberiano de burocracia buscava gerar eficiência administrativa a partir da padronização de procedimento, impessoalidade, normatização. E, se o Estado de Direito, de feição liberal, tinha como noção de eficiência a limitação do poder estatal, no sentido de que não deveria intervir, não se pode negar que ela tenha alcançado êxito. O que nos parece é que o resultado a ser perseguido é que passa a ser outro, principalmente a partir da formação do Estado Social. A eficiência do Estado deixa de ser vista simplesmente em termos de prestação negativa.

<sup>506</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 125.

<sup>507</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 101.



satisfação de direitos sociais básicos e ficou patente a insuficiência da norma abstrata para prever todos os comportamentos da Administração.

Muito mais que uma eficiência formal, os objetivos a serem perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, a partir, principalmente, da inserção dos direitos sociais na Carta Constitucional, exigiu que se pensasse em uma eficiência substancial.

O Estado Democrático de Direito, exatamente por ter como objetivos as necessidades econômicas, sociais e culturais, dos administrados, mais e mais, exige eficiência para que possa cumprir seu desiderato, em especial se considerada a escassez ‘relativa’ dos recursos públicos, bem como a impossibilidade de incremento indefinido da carga tributária.<sup>508</sup>

Para a doutrina brasileira, o marco no dever de eficiência teria sido consagrado no direito positivo brasileiro pela Reforma Administrativa vinculada pelo Decreto-Lei 200/1967, em especial os artigos 13, 25, inciso V e VII, “que sujeitam toda atividade do Executivo Federal ao Controle de resultados, fortalecendo o sistema de mérito” e no art. 100, que “[...] determina a possibilidade e necessidade de instauração de processo administrativo para demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competiam, ou desidioso no cumprimento de seus deveres.”<sup>509</sup>

Onofre Alves dá especial atenção ao art. 25 do mesmo diploma, “[...] que expressamente firmou, para a supervisão ministerial, os objetivos de assegurar a vinculação da atuação da AP aos objetivos traçados para os órgãos, além das exigências de coordenação e eficiência, bem como a preocupação com a autonomia administrativa”.<sup>510</sup>

A Constituição Federal de 1988, no art. 70, já introduzia o dever de a Administração Pública atuar com economicidade ao exigir do Controle Externo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, quanto à economicidade. A eficiência em si aprece expressamente no art. 74, II, exigindo que os órgãos de controle interno avaliem os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária financeira e patrimonial. Mas, como princípio constitucional explícito diretamente vinculado à atuação da Administração Pública, a eficiência só passou a fazer parte do *caput* do art. 37, a partir da emenda constitucional nº 19/1998.

A inserção do princípio da eficiência no rol dos princípios que regem a Administração Pública se deu no contexto de reforma do aparelho administrativo do Estado implementada a

<sup>508</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 99.

<sup>509</sup> Ibid., p. 100.

<sup>510</sup> Ibid., p. 110.

partir de 1995. Buscava-se a mudança de paradigma da administração pública burocrática, formal, ritualizada, para uma administração pública regencial, a fim de melhorar a governança<sup>511</sup> pública.

Para além de mera formalidade legal, a inserção da eficiência no rol dos princípios que norteiam a Administração Pública – aliada a ferramentas como o contrato de gestão, parcerias público-privadas, credenciamento de pessoas jurídicas sem fins lucrativos como organizações sociais ou organizações de interesse da sociedade civil – traziam como propostas a mudança de paradigma de uma administração burocrática para uma administração por resultados, mais flexível, tendo como norte a materialização dos valores constitucionalmente garantidos, mormente aqueles elencados como direitos fundamentais.<sup>512</sup>

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.<sup>513</sup>

O princípio da eficiência ganha, assim, estatura Constitucional, com a missão de impulsionar o aparelho do Estado rumo aos resultados efetivos em benefícios da sociedade.

A Carta Maior estabelece os objetivos que devem ser perseguidos pela Administração Pública, determinando que os governantes caminhem em direção à realização do bem comum (fins)<sup>514</sup>. Indica, também, as fontes de recursos e os limites de sua extração perante a sociedade<sup>515</sup> e estabelece a forma de proceder da Administração Pública para o cumprimento da sua missão, mormente a observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade<sup>516</sup> (meios). A “eficiência é um princípio jurídico que provoca, para a Administração Pública, um dever positivo de atuação otimizada, considerando-se os resultados da atividade exercida, bem como a adequação entre os meios e os fins que se pretende Alcan-

---

<sup>511</sup> “Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança - a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. O governo brasileiro não carece de “governabilidade”, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa. BRASIL. Presidência da República: Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995, p. 13.

<sup>512</sup> COSTA, Antonio França. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*. Jul./ag./set., p. 19-33, 2014, p. 19.

<sup>513</sup> BRASIL. Presidência da República: Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995, p. 7.

<sup>514</sup> Constituição Federal, art. 3º.

<sup>515</sup> Constituição Federal, art. 145 e seguintes.

<sup>516</sup> Constituição Federal, art. 37.

çar.”<sup>517</sup>

### 5.3.3 Eficiência, discricionariedade e controle

O princípio da eficiência, ao mesmo tempo em que permite uma margem de discricionariedade por parte da administração é um mandamento de otimização, servindo também como régua para o controle da própria discricionariedade, na medida em que obriga o gestor a sempre procurar a solução que alcance a maior realização do bem comum. Trata-se de buscar o melhor resultado possível.

O melhor resultado possível não é simploriamente aquele de menor custo (economicidade), ou apenas aquele de maior qualidade para o usuário, mas é aquele mais eficiente, que considera a complexidade e multiplicidade dos fins que o Estado busca, bem como só pode ser aquele que tome em conta os múltiplos aspectos da ideia de eficiência. Por isso que, abstratamente, não existe, *a priori*, uma solução unívoca a ser aplicada em cada caso concreto.<sup>518</sup>

A eficiência deve ser aferida tanto em decisões isoladas e individualizadas, quanto em ações globais. Mas é no campo da atividade global que se pode efetivamente chegar a um juízo mais preciso da eficiência administrativa.

A eficiência administrativa apenas com algumas dificuldades pode ser controlada pelo Judiciário, em especial porque se apresenta sindicável, com muito maior facilidade, no âmbito da atividade, e não no âmbito do ato isolado. Exatamente por isso, novas instituições como os tribunais de contas, *Omdubsmen* e outros similares, em todo o mundo, vêm abrindo espaço para novas possibilidades de controle.<sup>519</sup>

O controle da eficiência reclama instrumentos específicos para a sindicância da gestão. “O controle da eficiência não se resolve em juízo de legalidade, mas reclama a verificação da congruência da atuação administrativa, em sua ação articulação e instrumentalização com os fins preestabelecidos.”<sup>520</sup>

Deve-se avaliar o processo de escolha de alternativas, os processos produtivos, a alocação adequada de recursos e, principalmente, se a gestão se atenta para os fins que deve perseguir. Uma vez que se têm estabelecidas as metas a serem atingidas, cria-se, assim, espaço para controle da gestão. “No que diz respeito ao controle da atividade, abre-se a possibilidade de verdadeiros controles globais de gestão, controles de gestão por objetivos, contro-

<sup>517</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 99.

<sup>518</sup> Ibid., p. 273.

<sup>519</sup> Ibid., p. 354

<sup>520</sup> Ibid., p. 354

les de resultados e controles de vícios de ineficiência.”<sup>521</sup>

Segundo Regis Fernandes de Oliveira, na área pública, o *locus* ideal para o estudo do princípio da eficiência é no âmbito do Direito Financeiro, isto é, “[...] na análise da coisa pública tendo em vista a despesa destinada a suportar o gasto. [...] É a análise da adequação da despesa ao atingimento da finalidade [...] Ademais, sua análise torna imprescindível a conexão lógica do que se gasta com a satisfação dos interesses da sociedade.”<sup>522</sup>

O princípio da eficiência, em face dos objetivos traçados pela Constituição, exige a análise da eficiência do gasto, mas não isoladamente. Trata-se de um gasto dirigido a uma finalidade. As escolhas do que primeiramente atender também é alcançada pelo princípio da eficiência. Trata-se de dar eficiência máxima aos vetores Constitucionais. Assim, logo na primeira fase de opção de gasto, conquanto seja decisão política<sup>523</sup>, já se verifica a incidência do princípio da eficiência, para que, em face da escassez de recursos, se fique atento às prioridades traçadas pela Constituição.

Em alguns casos, a Constituição apenas enuncia a necessidade de priorização de gastos, principalmente quando elenca os direitos fundamentais que serão atendidos, colocando ali o direito à vida, saúde, habitação, proteção ao meio ambiente, como vetores que devem orientar o estabelecimento de prioridades, aqueles direitos que maximizam o direito a uma vida digna.

Em outros casos, há vinculação expressa de receitas públicas a determinadas despesas, como a obrigatoriedade de se aplicar um mínimo na educação<sup>524</sup> e na saúde<sup>525</sup>.

Não entraremos aqui na árdua questão do controle das escolhas políticas pré-orçamentárias, mas não há dúvidas de que, do ponto de vista da eficiência do gasto, no sentido de priorizar com o que gastar, a Constituição cuida de traçar um catálogo de objetivos a serem atingidos, limitando as opções políticas, e estabelecendo diretrizes de prioridades<sup>526</sup> para o gasto público.

O princípio da eficiência exige que se faça a melhor priorização do que realizar, e, uma vez estabelecida a prioridade, que se realize da melhor forma possível aquilo que foi priorizado. “O princípio se concretiza pela obediência à economicidade e pela real satisfação

<sup>521</sup> BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 356

<sup>522</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 127.

<sup>523</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 126.

<sup>524</sup> Constituição Federal, art. 212.

<sup>525</sup> Constituição Federal, art. 198, §2º;

<sup>526</sup> No âmbito da Educação, por exemplo, a Constituição Federal estabelece em seu art. 211, §2º, que o Município deve atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil.

dos interesses definidos na constituição ou nas leis.”<sup>527</sup>

### 5.3.4 Eficiência: entre a reserva do possível e o mínimo existencial

Os direitos de primeira geração são aqueles que, historicamente, visam proteger os indivíduos do próprio Estado. Por isso são chamados de direitos negativos, no sentido de que exigem uma abstenção, ou um não fazer por parte do Estado.<sup>528</sup>

Para alguns, o “estatuto da liberdade” seria dirigido ao legislador, negando-lhe competência e, assim, não criaria direitos individuais, salvo como efeitos reflexo, ou, ainda, estaria marcado “pelo traço da liberdade compreendida como não-impedimento, a chamada liberdade geográfica”, “significando um espaço de vida no qual a interferência de terceiros – particulares ou Estado – apenas ocorre se houver vontade do homem livre” e cujos “remédio têm caráter corretivo, mesmo quando usados preventivamente”.<sup>529</sup>

Decorrente desta visão, os direitos de liberdade seriam automaticamente eficazes, sempre. Sequer dependeria de regulamentação, portanto, da ação do legislador infraconstitucional, pois o gozo dos direitos de liberdade decorreria diretamente da Constituição.<sup>530</sup>

Os direitos de segunda geração, os direitos sociais, voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas dele demandam ações concretas, para materialização do direito à saúde, à educação, à alimentação, à previdência.

Quanto à possibilidade de a Constituição gerar diretamente direito a prestações positivas, Gustavo Amaral elenca três correntes: (a) a dos que negam eficácia, diretamente da Constituição, dos direitos sociais, pois dependeria de mediação do legislador e de meios materiais; (b) a dos que igualam os direitos sociais aos direitos individuais; (c) e os que veem a vigência dos direitos sociais condicionados à *reserva do possível*, pois a sua efetiva concretização depende de meios financeiros.<sup>531</sup>

Costuma-se apontar a origem germânica da teoria da *reserva do possível*.<sup>532</sup> O conceito teria sido formulado a partir de um julgamento da Corte Constitucional, em que um estudante pleiteava acesso ao ensino superior, quando a Alemanha só contava com universidades públicas. O Tribunal assentou que somente poderia aceitar restrições se houvesse prévia

<sup>527</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 127.

<sup>528</sup> A respeito vide o item 3.2 Fins do Estado.

<sup>529</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>531</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>532</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. Orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 2013, p. 232.

regulamentação legal, insuficiência de recursos e o Estado ter comprovado os esforços que fizera para resolver a questão.<sup>533</sup> Conquanto o caso tenha evoluído para uma defesa do Estado sob a denominada reserva do possível, pode-se constatar a exigência de que o Poder Público demonstre os esforços que fizera para solucionar o problema.

A ideia de *mínimo existencial* também é atribuída à jurisprudência alemã.<sup>534</sup> “A adoção do conceito de ‘*mínimo existencial*’ é feita para possibilitar a tutela jurisprudencial, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou Executivo por meio de políticas públicas específicas (...) e sem sujeição à cláusula da ‘*reserva do possível*’”.<sup>535</sup> (destaque do autor)

O mínimo existencial diria respeito à existência de um núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado por um elenco de direitos fundamentais sociais, tais como saúde básica, educação fundamental, assistência social, acesso à justiça, moradia, trabalho.<sup>536</sup>

Para Ricardo Lobo Torres, existe um *mínimo existencial* que deve ser provido pelo Estado. “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.”<sup>537</sup>

Esse *mínimo existencial* faria parte de um *status positivo libertatis*, que não açambarcaria somente os direitos negativos, e que poderia ser exigido diretamente do Estado.

Quanto aos demais direitos sociais não enquadrados no mínimo, escreve o autor: “o *status positivus socialis* é de suma importância para o aperfeiçoamento do estado social de direito, sob a sua configuração de prestação em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (*Daseingorsorge* para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público inessencial (educação secundária superior, saúde, moradia etc.) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais [...]. O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a “*reserva do possível*” ou na conformidade da autorização orçamentária.”<sup>538</sup>

Sobre a aceitação da contraposição da “reserva do possível” ao “direito ao mínimo existencial”, segundo Alckmin Jacob, de um modo geral, “ao vasculhar a doutrina e as decisões judiciais”, se deparou com três posições básicas (a) os que aceitam a tese da reserva do possível, independente do direito discutido, tendo em vista o cumprimento rigoroso do

<sup>533</sup> JACOB, Alckmin Cesar Augusto. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Ride Janeiro: forense, 2013, p. 250.

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>535</sup> WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Ride Janeiro: forense, 2013, p. 218.

<sup>536</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>537</sup> TORRES *apud* AMARAL, op. cit., p. 65.

<sup>538</sup> TORRES *apud* AMARAL, op. cit., p. 65.

orçamento; (b) os que não aceitam de forma alguma, por se tratar de questão ligada aos direitos humanos; e (c) os que aceitam, mas com reserva, desde que fique demonstrado, num exercício de ponderação, que o direito pleiteado não deva se sobrepor à necessidade de previsão orçamentária.<sup>539</sup>

Não obstante as divergências, essas discussões servem para criar consenso sobre um núcleo de direitos que devem ser priorizados no momento do planejamento governamental e no momento da execução do orçamento. O princípio da eficiência determina que o gasto público deve caminhar no sentido de priorizar e maximizar os programas de trabalho que têm por objetivos e metas garantir o *status positivo libertatis*.

### 5.3.5 Eficiência e macrojustiça

O arcabouço teórico que se acumulou em torno dos direitos fundamentais, mormente a força normativa dos princípios e a necessidade da manutenção de um mínimo existencial, aliado aos dispositivos do artigo 5º, XXXV e §1º da Constituição Federal – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” – e a uma falta de credibilidade nos Poderes Executivo e Legislativo em conseguir prestar serviços de qualidade, fizeram com que as demandas por saúde, educação, e outros direitos de segunda geração fossem bater diretamente na porta do Poder Judiciário, que não se nega a entregar a quem lhe demanda o “mínimo necessário para sua existência”. Esse movimento “tem sido chamado de *judicialização das políticas públicas ou de politização do Judiciário*, provocando o chamado *ativismo judicial*”.<sup>540</sup>

Gustavo Amaral chama atenção para as ações judiciais envolvendo a área da saúde. O autor cita a judicialização dos tratamentos de saúde, no caso a caso, a partir das diversas demandas, principalmente em questões envolvendo a AIDS.<sup>541</sup> A partir da invocação do artigo 196 da Constituição Federal, questões como discricionariedade administrativa, tempo hábil para aquisição de medicamentos, procedimento licitatório, deveriam ceder frente ao direito à saúde/vida.

---

<sup>539</sup> JACOB, op. cit., p. 250.

<sup>540</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96089>>. Acesso em: 19 jul. 2013., p. 11.

<sup>541</sup> AMARAL, op. cit., p. 24.

O citado autor analisa várias decisões judiciais e constata que elas “[...] reconheceram haver direito subjetivo ao recebimento do tratamento médico e afastaram qualquer consideração orçamentária”. O Juiz, ao decidir no caso a caso, acaba por desconsiderar questão como planejamento e escassez de recursos.<sup>542</sup>

Os direitos, seja de qual for a geração a que pertencem, carecem de recursos para sua concretização, que, sabidamente, são escassos. O direito à liberdade ou à segurança, típicos direitos de primeira geração, necessitam de um aparelhamento estatal para que possam ser garantidos aos cidadãos. Quando se trata de direito, não há que se falar que os direitos negativos, por se tratarem de uma abstenção estatal, não oneram os cofres públicos, enquanto que os direitos positivos, direitos sociais, necessitam de recursos. Também os “direitos negativos” competem pelos escassos recursos públicos.

Uma decisão judicial que determina o tratamento de saúde a uma pessoa estará retirando recursos que haviam sido alocados para outra área, ou mesmo para o tratamento de outra pessoa.

Alerta Amaral que o sopesamento, feito quando se depara com dois princípios colidentes, conquanto possa, juridicamente, encontrar a melhor solução para um determinado caso concreto, não surtirá, materialmente, nenhum efeito, se não houver recursos para custear a decisão tomada, mesmo que ali esteja um direito que faça parte do denominado “*mínimo existencial*”.

Vê-se, portanto, ser dificilmente defensável um direito ‘absoluto’ à saúde, ou melhor, ao tratamento médico adequado, ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse ‘direito’ com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, ainda que a sindicabilidade seja pelo voto.<sup>543</sup>

Para Amaral, o ponto é que, “[...] o Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da *microjustiça*, da justiça do caso concreto.”<sup>544</sup> (destacamos) E, arremata Gustavo Amaral, “[...] a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça.”<sup>545</sup>

---

<sup>542</sup> AMARAL, op. cit., p. 35.

<sup>543</sup> Ibid., p. 38.

<sup>544</sup> Ibid., p. 38.

<sup>545</sup> Ibid., p. 39.



Segundo Amaral, “[...] não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma”. Cabe ao judiciário confrontar a pretensão do indivíduo e a sua potencial violação. Havendo potencial violação da pretensão do indivíduo, deve o juiz questionar as razões dadas pelo Executivo para suas escolhas, fazendo ponderação entre: o *grau de essencialidade da pretensão* vs. o *grau de excepcionalidade da situação concreta*. A ponderação seria uma ponderação específica, pois não se trataria de uma ponderação entre princípios e regras, mas uma ponderação entre, de um lado, princípios e regras e, de outro, um quadro fático conjuntural, para se extrair não a decisão, mas o parâmetro das escolhas estatais.<sup>546</sup>

Das questões levantadas por Amaral, destacamos dois pontos. O primeiro é a sindicabilidade da escolha feita pela administração – a ponderação entre o *grau de essencialidade da pretensão* vs. o *grau de excepcionalidade da situação concreta* – para verificar se fora tomada a solução mais eficiente. Enquanto princípio expresso na Constituição, a *eficiência* possui força cogente e determina que a Administração pondere as soluções que pretende adotar, verifique quais valores estão em pauta para serem atendidos, direcionados pelos objetivos traçados pela Constituição, e verifique qual foi priorizado.

Se o gestor não apresentar razões suficientes para o não atendimento do direito priorizado pela Constituição, sua gestão fica maculada pela ineficiência, portanto ilegítima.

O segundo aspecto é que, conquanto se possa fazer uma análise de eficiência do ato isoladamente, a eficiência do gasto deve ser analisada de um ponto de vista global. Decisões individuais, apesar gerarem uma satisfação individual no curto prazo, podem comprometer a eficiência global das políticas públicas. Neste sentido, a análise da eficiência da gestão deve, o tanto quanto possível, ser aferida no âmbito de uma *macrojustiça*.

### **5.3.6 O controle da eficiência a partir dos instrumentos de planejamento**

Os agentes públicos são investidos de funções necessárias à realização do bem comum. Os poderes constituídos só existem em decorrência dos deveres que lhe são atribuídos. O “poder” somente faz sentido a partir do momento em que ele é o instrumento para o cumprimento de um dever, de maneira que não é possível falar em poder sem um dever correlato.<sup>547</sup>

O paradigma de uma separação rígida de poderes, originária da formulação racionalista a partir do pensamento do Barão de Montesquieu, cedeu espaço para uma noção de coorde-

<sup>546</sup> AMARAL, op. cit., p. 208.

<sup>547</sup> Vide o item 3.1 Separação de Poderes.

nação e cooperação entre poderes, com um objetivo único de realização do bem comum.

O Estado, todo ele, como meio que é, tem como missão a satisfação dos interesses da sociedade e recebe diretamente da Constituição seus poderes-instrumentais para realização da missão que lhe foi dada também pela Carta Maior, nosso repositório de consensos a respeito dos fins do Estado.

A Carta Constitucional estabelece os objetivos a serem perseguidos, em especial aqueles previstos no art. 3º, de maneira a assegurar os direitos fundamentais do art. 5º, de modo que prevaleça a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, art. 1º. Fixa as fontes de recursos de que dispõe o Estado para a concretização do bem comum. Determina a maneira como se portar na gestão dos recursos arrecadados da sociedade, seja na elaboração de planos, seja na execução efetiva da despesa pública, devendo, por exemplo, o gestor público observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Constituição irradia assim, seja através das regras seja através dos princípios, toda a sua força normativa sobre a gestão do gasto público e estabelece ainda as diversas formas do exercício do controle do gasto público: controle social, controle interno, controle externo (judicial, político, e técnico-administrativo).

Os Tribunais de Contas se inserem no âmbito do controle externo técnico-administrativo, recebem diretamente da Constituição a atribuição para controlar a correta utilização dos recursos públicos não só do ponto de vista formal, mas, principalmente, sob o critério de legitimidade dos atos de gestão, e estão autorizados, inclusive, a sancionar o gestor em virtude da prática de ato ilegítimo.

A Constituição prevê três níveis para a realização das opções de gasto público, por esses três níveis estão distribuídos quatro fases: formulação, planejamento, orçamentação e execução. O *primeiro nível*, onde ocorre a decisão de objetivos é a elaboração do planejamento, caracterizada por ser predominantemente *político*. No *segundo nível*, as opções realizadas vão receber a sua expressão orçamentária, mediante a dotação de recursos, que passa pelo Plano Plurianual (PPA), pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e pela Lei Orçamentária (LOA). Neste nível, se entrelaçam a formulação política e a administração. No *terceiro nível*, as opções que passaram a figurar nos programas de trabalho da Lei Orçamentária serão

executadas; aqui o predomínio é eminentemente administrativo.<sup>548</sup>

No nível político se discutem os objetivos que serão perseguidos. Explica Regis Fernandes de Oliveira que “a decisão de gastar é fundamentalmente uma *decisão política*”<sup>549</sup>. No entanto, as opções, os objetivos a serem concretizados, estão elencadas na Carta Constitucional. Assim é que o legislador se vê, por exemplo, obrigado a reservar parcela do orçamento para os gastos com saúde e educação. De maneira que, conquanto seja uma decisão política, tem-se apenas uma liberdade de escolha vinculada a realização do que foi acordado em nosso repositório de consensos. Ao concordamos em ceder parcela de nossos recursos, o fizemos na condição de que os objetivos perseguidos fossem aqueles assentados no texto constitucional.

No *segundo nível*, as opções políticas devem observar os critérios traçados pela Constituição para elaboração das leis de planejamento: o PPA, a LDO e a LOA.

O PPA deve estabelecer, para um período de quatro anos, de forma regionalizada, as diretrizes (orientações gerais), objetivos (resultados) e metas (quantificação física ou financeira dos objetivos) da administração pública federal para as despesas de capital e outras despesas correntes derivadas das despesas de capital e para as relativas aos programas de duração continuada.<sup>550</sup> Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.<sup>551</sup>

O PPA está estruturado na forma de Programa. “Com a finalidade de criar condições para que o PPA estabeleça relações mais adequadas com todos os insumos necessários à viabilização das políticas, os Programas Temáticos do PPA 2012-2015 estão organizados em Objetivos que, por sua vez, são detalhados em Metas e Iniciativas.”<sup>552</sup>

A LDO compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a políti-

---

<sup>548</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 124-125.

<sup>549</sup> OLIVEIRA, *Curso de direito financeiro...*, op. cit., p. 126.

<sup>550</sup> Constituição Federal, art. 165, §1º.

<sup>551</sup> Constituição Federal, art. 167, §1º.

<sup>552</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *O modelo de planejamento governamental*. PPA 2012-2015. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=10&ler=s1086> Acesso em: 25/2/2015.

ca de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.<sup>553</sup>

A LDO faz a ligação entre o PPA e a LOA, destacando para o exercício seguinte quais programas e metas serão executados.

A LOA, por sua vez fixa a despesa e estima a receita para o exercício.<sup>554</sup> A Lei orçamentária é estruturada com base em *Programas de Trabalhos*, onde devem estar respondidas de forma objetiva as seguintes questões:

[...] quem é o responsável por fazer? Em que áreas de despesa a ação governamental será realizada? Qual o tema da Política Pública? O que se pretende alcançar com a implementação da Política Pública? O que será entregue pela Política Pública? O que será desenvolvido para alcançar o objetivo do programa? O que é feito? Para que é feito? Como é feito? O que será produzido ou prestado? Como é mensurado? Onde é feito? Onde está o beneficiário do gasto?<sup>555</sup>

No *terceiro nível*, o nível administrativo, os gestores se acham vinculados ao que foi traçado nas leis de planejamento.

Se no nível político é questionável a atuação dos Tribunais de Contas para verificação das prioridades eleitas, no nível administrativo não paira esta dúvida. Assim, no bojo dos programas de trabalho que serão realizados, os Tribunais de Contas, a fim de verificar a legitimidade do gasto, devem proceder a um exame do programa isoladamente, verificando a eficiência e eficácia na gestão daquele programa no sentido do atingimento das metas propostas, procurando aferir os benefícios efetivos para a sociedade.

Deve também proceder a um exame comparativo entre os diversos programas de trabalho, questionado o porquê de se priorizar um programa em detrimento de outro. Por exemplo, suponhamos que o orçamento municipal contemple verbas em programa de trabalho na área cultural, tendo como objetivo a contratação de banda para realização de festejos juninos, e contemple um outro programa de trabalho com o objetivo de saneamento básico. Não precisaria de muito esforço hermenêutico para se chegar à conclusão de que do ponto de vista dos objetivos previstos na Constituição, o direito ao saneamento básico, que envolve direito à saúde, que, por sua vez é o direito à vida, tem prioridade sobre festejos juninos. Caso o programa de saneamento seja preterido em suas metas, do ponto de vista da eficiência do gasto público, no sentido de priorizar e maximizar os objetivos Constitucionais, teremos um

<sup>553</sup> Constituição Federal, art. 165, §2º.

<sup>554</sup> Constituição Federal, art. 165, §5º e 8º.

<sup>555</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. Manual técnico de orçamento MTO. Edição 2015. Brasília, 2014, p. 29.

ato de gestão ilegítimo.<sup>556</sup>

Não se pode haver entrever o estudo à luz do resultado, mas também, em sua transcendência constitucional, isto é, se o gasto foi eficiente, mas em relação ao todo da população. Não Basta, apenas, que tenha sido importante em determinada área do país, do estado ou do município. Deve ser analisado, também, o destinatário do recurso. Assim, por exemplo, se a administração pública despense grande parte de seus recursos para o atendimento de áreas mais favorecidas da cidade, ou seja, em bairros nobres, não se pode dizer que o princípio foi atendido.<sup>557</sup>

A análise a partir dos programas de trabalhos permite uma avaliação isolada do programa, bem como sua avaliação no conjunto de programas orçamentários, verificando se foi dada a devida prioridade às diretrizes constitucionais e, portanto, do ponto de vista da eficiência, não se convertera em um ato de gestão ilegítimo.

## 5.4 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

### 5.4.1 Antecedentes e inserção no catálogo de direitos fundamentais

O direito fundamental à boa administração foi consagrado pela primeira vez na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A noção de boa administração começou a ser traçada de forma negativa. Inicialmente os tratados apenas mencionavam o papel do Defensor do Povo Europeu na supervisão de casos de má administração e a possibilidade de investigação pelo Parlamento Europeu. Contribuiu para o processo de densificação do que seria boa administração os Informes Anuais do Defensor do Povo Europeu.<sup>558</sup>

A Resolução de 10 de junho de 1997, elaborada pela Comissão de Petições, traria um novo marco para o desenvolvimento do instituto, ao utilizar o termo “direito”.<sup>559</sup> O Defensor do Povo Europeu, por ocasião da redação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, solicitou a inclusão do direito à boa administração<sup>560</sup>, que consta ali, no art. 41, com a seguinte redação:

Artigo 41: *Direito a uma boa administração*: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de

<sup>556</sup> Não estamos com isso afirmando que não se deva realizar festejos, mas que deve ser analisada a prioridade do gasto, tendo em vista as diretrizes Constitucionais. Suponhamos que o município tenha feito estudos prévios sobre a viabilidade da festa em termos de retorno financeiro para o município, e, em decorrência destes festejos, o município arrecade o dobro do que gastou para custear o evento, e ainda se projete, atraindo novos investimentos para a região. Não nos parece que agora seja um ato de gestão ilegítimo.

<sup>557</sup> OLIVEIRA, *Curso de direito financeiro*, op. cit., p. 128.

<sup>558</sup> MORGADO, Cíntia. *Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento*. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, (65), p. 68-94, 2010, p. 78-79.

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 80.

forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, 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 dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.<sup>561</sup> (destaque no documento)

No catálogo de direitos fundamentais explícitos na nossa Constituição, não consta o direito fundamental à boa administração. Assim, é necessário questionar se é possível falar na existência deste direito. Qualificar algo com o Direito é dar-lhe força e conteúdo jurídico, é exigir comportamentos: ações e abstenções; é retirá-lo da axiologia e transportá-lo para as categorias deônticas, que permitem, obrigam e proibem.

Dar *status de* direito fundamental “à boa administração” é lhe atribuir uma dimensão objetiva, constituindo uma pauta de valores a ser perseguida pelos aplicadores do direito e protegê-lo contra a “erosão” por parte do poder constituinte.<sup>562</sup>

A fundamentalidade aponta para uma especial proteção dos direitos num sentido formal ou material.<sup>563</sup> Do ponto de vista formal, geralmente ligada ao processo de constitucionalização, a fundamentalidade implica que:

(1) as normas consagradas de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais, passam muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.<sup>564</sup>

Do ponto de vista material, a fundamentalidade insinua que “[...] o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.”<sup>565</sup> Segundo Canotilho, em face da fundamentalidade formal poderia parecer desnecessária a fundamentalidade material, mas é de extrema importância, principalmente

<sup>561</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da união europeia*. 2012/C 326/02. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> Acesso em: 26/2/2015.

<sup>562</sup> FINGER, Julio Cesar. O direito fundamento à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 58, nov/dez. 2009.

<sup>563</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 6 reimp., Coimbra: Almedina, 2000, p. 378.

<sup>564</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 379.

para os países que não adotam constituição escrita, como na tradição inglesa, e, ainda, para fornecer (a) abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas que ainda não são formalmente fundamentais; (b) aplicação a esses direitos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; e, (c) a abertura a novos direitos fundamentais. Por isso pode-se falar em “*cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*”.<sup>566</sup> (destaques do autor)

O direito fundamental à boa administração teria entrado no catálogo de direitos fundamentais pela porta aberta no art. 5º, §2º da Constituição,<sup>567</sup> segundo o qual, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Nosso regime democrático e republicano, a separação e a convivência harmônica que deve existir entre os poderes, bem como os princípios que norteiam a atuação da administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência – autorizariam falar em uma fundamentalidade material do direito fundamental à boa administração. “A *cidadania* e a *separação de poderes* exigem que o Estado administrador, pautados e pelos princípios específicos que norteiam a administração pública, atue de forma boa, fazendo as melhores escolhas possíveis, de modo que o cidadão esteja protegido contra condutas arbitrárias.”<sup>568</sup>

O direito fundamental à boa administração “trata-se de norma implícita de eficácia direta e imediata, que serve como arma contra a discricionariedade exercida sem limites.”<sup>569</sup>

#### 5.4.2 Conteúdo jurídico do direito fundamental à boa administração

O direito fundamental à boa administração passa a agregar em torno de si um conjunto de princípios e regras necessário para uma administração pública eficiente e eficaz. Nas palavras de Juarez Freitas:

[...] trata-se do *direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcial-*

<sup>566</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional...*, op. cit., p. 379.

<sup>567</sup> FINGER, op. cit.

<sup>568</sup> GRANDO, Felipe Esteves. O direito fundamental à boa administração pública e seu diálogo com o direito tributário. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010.

<sup>569</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

*lidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que o regem.*<sup>570</sup> (destaques do autor)

Neste conceito estariam albergados, dentre outros elementos: (a) o direito à administração pública transparente, em especial o direito ao acesso a informações inteligíveis sobre o orçamento e sobre o processo de tomada de decisões administrativas; (b) o direito à administração pública dialógica, com garantias de ampla defesa e contraditório; (c) o direito à administração pública imparcial; (d) direito à administração pública proba; (e) direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada; (f) “direito à administração pública precavida e eficaz (não apenas eficiente), pois comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição.”<sup>571</sup>

De certo que esses direitos já estão garantidos na Carta Constitucional. O direito a uma administração pública transparente, por exemplo, pode ser deduzido do princípio da publicidade previsto no art. 37, *caput* e do direito a receber informação dos órgãos públicos previsto no art. 5º, XXXIII. O direito a uma administração dialógica se infere do art. 5º, LIV, LV, LXXIII, que assegura o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e a duração razoável dos processos. O direito à administração pública imparcial e consequência direta dos princípios da impessoalidade e legalidade, expressos no art. 37, *caput*. O direito à administração pública proba está previsto no *caput* do art. 37, amparado no princípio da moralidade e no §4º do mesmo artigo, que estipula as penalidades para os atos de improbidade administrativa.

Mesmo o direito à reparação por danos causados pelas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, previsto no art. 41, item 3, da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice, encontra seu correlato no art. 37, §6º, da nossa Constituição, que estabelece a responsabilidade do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A vantagem de o direito fundamental à boa administração agregar todos esses direitos é que, uma vez aglutinados, supera cada um isoladamente, de maneira que o direito fundamental à boa administração não se consegue senão com o atendimento de todos eles. “Tais direitos precisam ser tutelados em bloco, no desiderato de que a discricionariedade não conspire letal-

<sup>570</sup> FREITAS, *Discricionariedade administrativa...* op. cit., p. 23.

<sup>571</sup> *Ibid.*, p. 22-23.



mente contra o aludido direito fundamental.”<sup>572</sup>

O direito fundamental à boa administração, exige que a Administração motive, a todo o momento, as suas decisões, para que seja aferida se foi o melhor caminho que se tomou. “*As escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.*”<sup>573</sup> (destaques do autor)

Sob a égide deste novo direito fundamental, o critério para o controle de legitimidade do gasto público se adensa. É ato de gestão ilegítimo aquele que atenta contra o direito fundamental à boa administração pública.

---

<sup>572</sup> FREITAS, *Discrecionabilidade administrativa...* op. cit., p. 23.

<sup>573</sup> *Ibid.*, p. 24.

## 6 CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO GASTO PÚBLICO NA PRÁXIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### 6.1 INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Os Tribunais de Contas recebem diretamente do texto Constitucional a competência para o exame de legalidade, legitimidade e economicidade do gasto público, podendo, inclusive, aplicar sanções ao agente público, diante do ato de gestão ilegítimo. No âmbito do Tribunal de Contas da União, esses aspectos são verificados em vários tipos de processos, que, apesar de iniciados de formas diversas, têm basicamente o mesmo foco: o controle do gasto público.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, os processos podem ser iniciados pelo: cidadão, mediante denúncia; pelas autoridades públicas, mediante representação; de ofício, pelo próprio Tribunal; pelo Congresso Nacional, por meio de solicitações; e pela autoridade responsáveis pela guarda de recursos, no caso de dano ao erário, mediante a instauração de tomada de contas especial.<sup>574</sup> Nesses processos, poderão ser aferidos, além da legalidade, os aspectos de legitimidade do ato de gestão.

A mudança de paradigma da forma de atuação do Estado, impulsionado pela necessidade de prestações positivas, mormente a partir da formação do Estado Social, tornou obsoleto o controle externo apenas pautado na legalidade. Além da aferição da legalidade, exige-se, expressamente na Constituição, que também se verifique a economicidade e a legitimidade do gasto público. Além do controle-contenção, faz-se necessário o controle-promoção.<sup>575</sup>

A partir da Constituição de 1967, deixou de existir o controle prévio mediante registro da despesa, que consistia basicamente em exame formal da documentação que suportava o gasto. No seu lugar, os Tribunais de Contas receberam a competência para aferir, mediante fiscalizações *in loco*, a regularidade do gasto público.

Os Tribunais de Contas devem adentrar, o tanto quanto possível, no mérito do ato administrativo, para verificar se são impulsionados no sentido da materialização dos objetivos traçados pela Carta Constitucional. A aferição da boa gestão pública exige análise da moti-

---

<sup>574</sup> Lei 8.443/1992, art. 1º, II, art. 8º, art. 53. Regimento Interno do TCU, art. 237.

<sup>575</sup> Conforme abordado no item 4.1.3.1 Controle-contenção e controle-promoção.

vação e verificação das razoabilidades das escolhas por parte do gestor, para se certificar se o gasto público foi eficiente, nos termos aqui abordados<sup>576</sup>, legal, transparente, moral, impessoal, enfim, para se certificar se na gestão dos recursos públicos fora observado o direito fundamental à boa administração pública.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, dentre os instrumentos de fiscalização, destacam-se as auditorias de conformidade e as auditorias operacionais que, conquanto se prestem para aferir a regularidade da gestão, têm escopos diferentes.

### 6.1.2 Auditoria de conformidade e auditoria operacional: entre o exame de legalidade e o de legitimidade

A *auditoria de conformidade* é o “instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial.”<sup>577</sup>

A *auditoria operacional*,<sup>578</sup> por seu turno, é o “exame independente e objetivo da economicidade<sup>579</sup>, eficiência<sup>580</sup>, eficácia<sup>581</sup> e efetividade<sup>582</sup> de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão

<sup>576</sup> Veja no item 5.3.2 O conteúdo jurídico da eficiência.

<sup>577</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. Portaria-Segecex n. 26, de 19 de outubro de 2009. *Padrões de auditoria de conformidade. BTCU Especial*. Brasília Ano xliii n. 2 3/ fev. 2010, p. 19.

<sup>578</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. Portaria Segecex n.4, de 26 de fevereiro de 2010. *Manual de auditoria operacional*. 3.ed. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010., p. 11.

<sup>579</sup> “A economicidade é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição. O exame da economicidade poderá abranger a verificação de práticas gerenciais, sistemas de gerenciamento, *benchmarking* de processos de compra e outros procedimentos afetos à auditoria operacional, enquanto o exame estrito da legalidade de procedimentos de licitação, fidedignidade de documentos, eficiência dos controles internos e outros deverão ser objeto de auditoria de conformidade.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit. p 11.

<sup>580</sup> “A eficiência é definida como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade. Essa dimensão refere-se ao esforço do processo de transformação de insumos em produtos. Pode ser examinada sob duas perspectivas: minimização do custo total ou dos meios necessários para obter a mesma quantidade e qualidade de produto; ou otimização da combinação de insumos para maximizar o produto quando o gasto total está previamente fixado” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit., p. 12.

<sup>581</sup> “A eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados (COHEN; FRANCO, 1993). O conceito de eficácia diz respeito à capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos, traduzidos em metas de produção ou de atendimento, ou seja, a capacidade de prover bens ou serviços de acordo com o estabelecido no planejamento das ações.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit., p. 12.

<sup>582</sup> “A efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção. Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir às ações do programa avaliado.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit., p. 12.

pública.” A auditoria operacional também pode envolver o exame de equidade<sup>583</sup>.

As auditorias operacionais são próprias das Auditorias-Gerais, ao passo que as auditorias de conformidade estão vinculadas à tradição dos Tribunais de Contas.<sup>584</sup>

Tanto a auditoria de conformidade quanto a auditoria operacional se prestam para a análise da legitimidade do gasto público; a primeira, ao mencionar expressamente o exame de legitimidade do gasto como um de seus objetivos, e, a segunda, ao mencionar o exame de economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade do gasto público, muito mais próximo de um controle substancial do gasto.

As não-conformidades de ambas as auditorias são estruturadas na forma de “achados de auditoria”<sup>585</sup>, que é a discrepância entre a situação encontrada e o “critério”. O “achado” deve vir corroborado por “evidências”<sup>586</sup>, que são as provas da discrepância entre a situação encontrada e o “critério”.

O “critério”, o parâmetro, como viemos defendendo ao longo deste trabalho, é *conditio sine qua non* para o exercício do controle. É o que dá segurança jurídica e possibilita o exer-

<sup>583</sup> “O exame da equidade, que pode ser derivado da dimensão de efetividade da política pública, baseia-se no princípio que reconhece a diferença entre os indivíduos e a necessidade de tratamento diferenciado. Segundo Rawls (*apud* COHEN; FRANCO, 1993, p. 25), “para proporcionar uma autêntica igualdade de oportunidades a sociedade deve atender mais aos nascidos com menos dotes e aos nascidos em setores socialmente menos favorecidos”. Ainda segundo Rawls (*apud* MEDEIROS, 1999), o tratamento desigual é justo quando é benéfico ao indivíduo mais carente—desigualdade justa. Promover a equidade é garantir as condições para que todos tenham acesso ao exercício de seus direitos civis (liberdade de expressão, de acesso à informação, de associação, de voto, igualdade entre gêneros), políticos e sociais (saúde, educação, moradia, segurança)<sup>6</sup>. Portanto, as políticas públicas de proteção e de desenvolvimento social têm papel fundamental na construção da equidade. O exame da equidade poderá envolver, por exemplo, a investigação dos critérios de alocação de recursos vis-à-vis à distribuição espacial e o perfil socioeconômico da população-alvo; as estratégias adotadas pelo gestor público para adequar a oferta de serviços ou benefícios às diferentes necessidades do público-alvo; ou o exame do impacto diferenciado decorrente da implementação da política pública.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit., p.13.

<sup>584</sup> Sobre Auditorias-Gerais e Tribunais de Contas, vide o item 4.2.1.1 Tribunais de Contas e Auditorias-Gerais.

<sup>585</sup> “Achado é a discrepância entre a situação existente e o critério.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*, op. cit., p.13. A mesma definição é dada no Manual de Auditoria de Conformidade: “Decorre da comparação da situação encontrada com o critério e deve ser devidamente comprovado por evidências juntadas ao relatório”. Brasil. Tribunal de Contas da União. *Padrões de auditoria de conformidade*. Op. cit., p. 19.

<sup>586</sup> “Evidências – Informações obtidas durante a fiscalização no intuito de documentar os achados e de respaldar as opiniões e conclusões da equipe, podendo ser classificadas como físicas, testemunhais, documentais e analíticas. Devem ter os seguintes atributos: a) validade - a evidência deve ser legítima, ou seja, baseada em informações precisas e confiáveis; b) confiabilidade - garantia de que serão obtidos os mesmos resultados se a fiscalização for repetida. Para obter evidências confiáveis, é importante considerar que: é conveniente usar diferentes fontes; é interessante usar diferentes abordagens; fontes externas, em geral, são mais confiáveis que internas; evidências documentais são mais confiáveis que orais; evidências obtidas por observação direta ou análise são mais confiáveis que aquelas obtidas indiretamente; c) relevância - a evidência é relevante se for relacionada, de forma clara e lógica, aos critérios e objetivos da fiscalização; d) suficiência - a quantidade e qualidade das evidências obtidas devem persuadir o leitor de que os achados, conclusões, recomendações e determinações da auditoria estão bem fundamentados. É importante lembrar que a quantidade de evidências não substitui a falta dos outros atributos (validade, confiabilidade, relevância). Quanto maior a materialidade do objeto fiscalizado, o risco, e o grau de sensibilidade do fiscalizado a determinado assunto, maior será a necessidade de evidências mais robustas. A existência de fiscalizações anteriores também indica essa necessidade”. Brasil. Tribunal de Contas da União. *Padrões de auditoria de conformidade*. op. cit., p. 19. No mesmo sentido a definição do Manual de Auditoria Operacional: “Evidências são informações obtidas durante a auditoria e usadas para fundamentar os achados. O conjunto de achados irá respaldar as conclusões do trabalho. A equipe deve esforçar-se para obter evidências de diferentes fontes e de diversas naturezas, porque isso fortalecerá as conclusões” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*, op. cit., p. 37.

cício do poder sancionatório atribuído à Corte de Contas. O critério deve ter uma definição mínima que possibilite ao gestor se guiar com certa margem de segurança.

O critério não é definido no momento em que se planeja a auditoria, o critério para o controle da gestão pública já é posto antecipadamente (como é da essência de qualquer critério) pelo nosso ordenamento jurídico, de observância obrigatória pelo auditor-controlador e pelo gestor-controlado.

No âmbito da auditoria de conformidade, o “critério” é: “legislação, norma, jurisprudência, entendimento doutrinário”.<sup>587</sup> No âmbito da auditoria operacional, o critério é:

[...] o padrão de desempenho usado para medir a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade do objeto de auditoria. Serve para determinar se o objeto auditado atinge, excede ou está aquém do desempenho esperado. Pode ser definido de forma quantitativa ou qualitativa. Atingir ou exceder o critério pode indicar a ocorrência de boas práticas. Não alcançar o critério indica oportunidade de melhoria de desempenho. É importante destacar que desempenho satisfatório não é desempenho perfeito, mas é o esperado, considerando as circunstâncias com as quais o auditado trabalha.<sup>588</sup>

Ou ainda: “referenciais aceitos e/ou tecnicamente validados para o objeto sob análise, como padrões e boas práticas, que a equipe compara com a situação encontrada. Reflete como deveria ser a gestão.”<sup>589</sup>

As duas auditorias se prestam para apuração da legitimidade da gestão. No entanto, a auditoria de conformidade utiliza critérios mais objetivos. A consequência disso está no encaminhamento que deve ser dado aos achados (constatações discrepantes do critério).

Na auditoria de conformidade, onde o critério é mais objetivo:

[...] na proposta de encaminhamento, quando for aplicável, devem ser formuladas proposições de medidas saneadoras (audiência, citação)<sup>590</sup> e/ou cautelares (afastamento temporário do responsável, indisponibilidade de bens do responsável, arresto de bens do responsável, suspensão de ato ou procedimento) para cada achado de auditoria, decorrentes ou não da investigação de questões de auditoria. (...) Nas situações que envolvam determinações não cumpridas sem justificativa pertinente, deve ser incluída proposta de aplicação de multa fundamentada no inciso VII ou VIII do Art. 268 do RI, bem como proposta de reiteração das determinações, fixando prazo para o cumprimento destas.<sup>591</sup>

<sup>587</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Padrões de auditoria de conformidade*. op. cit., p.21.

<sup>588</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*, op. cit., p. 35.

<sup>589</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Padrões de auditoria de conformidade*. op. cit., p.21.

<sup>590</sup> No âmbito do Tribunal de Contas da União, as audiências e citação são utilizadas para abrir ampla defesa e contraditório aos responsáveis. No decorrer de uma fiscalização, se for apurado algum dano ao erário, terá que ser instaurada uma tomada de contas especial e o responsável será citado para apresentar alegações de defesa, podendo, ao final, vir a ser imputado débito e sancionado com multa. Se for constatado algum ato ilegítimo ou antieconômico, o responsável será ouvido em audiência no próprio processo de auditoria, podendo vir a ser sancionado com multa, conforme art. 43, II, art. 47, parágrafo único, art. 58, III, da Lei 8.443/1992.

<sup>591</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Padrões de auditoria de conformidade*. op. cit., p.15-16.

Observa-se que no encaminhamento existe a possibilidade de proposição de sanção ao gestor, inclusive pela prática de ato de gestão ilegítimo.

Na auditoria operacional, onde o critério é mais “elástico”, “as propostas de encaminhamento são *recomendações* e *determinações* que a equipe de auditoria demonstra serem necessárias e que contribuirão para sanar alguma deficiência identificada pela auditoria”,<sup>592</sup> não havendo proposta por sancionamento.

Uma vez fixada a determinação, havendo o descumprimento, fica o gestor passível de sanção.<sup>593</sup> É que a partir da fixação da determinação, o critério se torna mais preciso.

Em ambas as auditorias se faz controle de legitimidade. Na auditoria de conformidade, por exemplo, quando se interpretam os conceitos indeterminados previstos nas normas tomadas como critérios. Como aferir a regularidade de uma licitação em face do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que visa resguardar a lisura nas compras, impedito inclusive direcionamentos, ao se determinar que nos certames as exigências de qualificação técnica e econômica se restrinjam unicamente às “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”? De certo que se terá que avaliar mais que um aspecto formal do edital de licitação, perquirindo, no caso concreto, o que seria ou não indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

A auditoria operacional, por se debruçar sobre os aspectos de economicidade, eficiência, eficácia, e equidade da gestão do gasto público, se apresenta mais apta a fazer um exame substancial da legitimidade do gasto, apesar de, pela maleabilidade dos critérios que adota, dificultar um sancionamento.

Na auditoria operacional, pode-se, por exemplo, no exame de eficiência, eficácia, efetividade e equidade da gestão, a partir dos programas de trabalhos do orçamento, realizar a análise do programa de trabalho isoladamente verificando o atingimento das metas (inclusive a razoabilidade na fixação das mesmas) e aferir, dentro de um mesmo órgão, quais programas de trabalho estão sob gestão de determinado agente público e analisar, tendo em vista os vetores Constitucionais, quais programas de trabalhos estão sendo priorizados em face da limitação dos recursos, para que se possa formar um juízo de valor, principalmente quanto à equidade do gasto público – que está incluída no conteúdo jurídico do princípio da eficiência,

---

<sup>592</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*, op. cit., p. 51.

<sup>593</sup> Lei 8.443/1992, art. 58, §1º.

ou seja, a priorização e maximização dos objetivos traçados pela Constituição.<sup>594</sup>

A possibilidade de sanção existe, mas primeiro se fortalece o critério, por meio de recomendações e determinações. Faz parte da sequência da auditoria operacional a fase de monitoramento<sup>595</sup> de cumprimento das determinações e recomendações, e, caso ocorra o descumprimento das determinações, fica o gestor passível de multa.

## 6.2 DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES E O ADENSAMENTO DO CRITÉRIO DO CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO ATO DE GESTÃO

Enquanto critério expresso para o controle do ato de gestão, a legitimidade só ingressou na Constituição a partir de 1988.

Diante de um ato de gestão ilegítimo, as Cortes de Contas têm o dever-poder de aplicar sanções aos responsáveis. No entanto, os princípios da tipicidade e da segurança jurídica exigem o estabelecimento de critérios que pautem a maneira de como se deve portar. No Estado Democrático de Direito, não é possível que as pessoas sejam surpreendidas em suas ações, principalmente quando se tratam de condutas proibidas.

O critério, repetimos, não é dado nem pelo auditor-controlador nem pelo gestor-controlado. O critério para o controle de legitimidade do gasto público é extraído diretamente do conjunto de princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico.

Os novos paradigmas postos para o exercício do controle do gasto público exigem a descoberta de novos procedimentos que possibilitem essa empreitada. Há a necessidade de que se assente o consenso entorno não só do critério, mas da melhor forma de se aferir seu atendimento.

Conforme já foi ressaltado, segundo Thomas Kuhn, o desenvolvimento de uma disciplina passa por uma fase pré-paradigmática, onde há divergências entre os pesquisa-dores

---

<sup>594</sup> Melhor exemplo pode ser encontrado no Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União: “*Achado*: Insuficiência de leitos psiquiátricos na maior parte dos estados brasileiros. *Critério*: A quantidade de leitos psiquiátricos estabelecida pela Organização Mundial de Saúde é de 0,43 por mil habitantes. *Condição* [ou situação encontrada]: O Brasil tem, em média, 0,37 leitos psiquiátricos por mil habitantes. *Causas*: – Distribuição desigual de leitos entre os estados da federação (a região sudeste dispõe de 0,53 leitos por mil habitantes, enquanto na região norte o índice é 0,04) – Distribuição de leitos não atende a critérios populacionais – Ausência de planos municipais e estaduais de saúde mental – Controle social incipiente. *Efeitos*: – Deficiência de atendimento em locais com baixo índice de leitos – Migração de pessoas com transtornos mentais entre municípios ou entre estados, dificultando o planejamento da atenção à saúde.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit., p. 36.

<sup>595</sup> “Monitoramento é a verificação do cumprimento das deliberações do TCU e dos resultados delas advindos, com o objetivo de verificar as providências adotadas e aferir seus efeitos.” Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional...*, op. cit., p. 53.

sobre os fenômenos a serem observados e as técnicas a serem utilizadas, onde ainda não há consenso sobre qual paradigma será utilizado. Quando se chega a esse paradigma, teremos então a ciência normal, que nesse paradigma “descoberto” se sustentará.

Não que não exista o critério para o controle de legitimidade. Não há dúvidas de que a gestão legítima é aquela que busca materializar os objetivos consagrados na Constituição, que priorize o direito à saúde, à educação e a uma vida digna. Não se questiona que o gestor deve agir de forma proba, leal, impessoal, de forma eficiente, observador da legalidade, que dê publicidade de seus atos, enfim, que observe atentamente o que se vem convencendo chamar direito fundamental à boa administração. Os critérios estão postos, para auditor-controlador e gestor-controlado.

A densificação do critério é de suma importância para possibilitar a devida exigência da conduta e o devido sancionamento no caso de seu descumprimento. Neste sentido, as determinações e recomendações cumprem esse importante papel de trazer contornos mais precisos para os critérios que devem ser observados para a prática de ato gestão legítimo.

No exercício de suas fiscalizações, se for constatada simplesmente falta ou impropriedade de caráter formal, o Tribunal de Contas deve fazer determinações para que o gestor corrija as impropriedades. Mas, se verificar a ocorrência de qualquer irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, deve ser feita a audiência do responsável para que ele apresente razões de justificativas, e, se as razões apresentadas não forem suficientes para sanar ilegitimidade, o gestor ficará sujeito à sanção de multa.<sup>596</sup>

As falhas de caráter formal são objeto de determinações corretivas. As falhas quanto à legitimidade do ato de gestão são passíveis de sanção direta com multa. O que se vê, contudo, na praxis da Corte de Contas, é a utilização das determinações, também, como um processo de adensamento do critério para o exercício do controle de legitimidade. Apesar de se constatar a ilegitimidade do gasto, a imprecisão do critério o torna insuficiente para servir de suporte, naquele momento, para o sancionamento do gestor. Em outras palavras, o critério ainda não atenderia minimamente ao princípio da tipicidade.

---

<sup>596</sup> Lei 8.443/1992: Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal: I - determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal; II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa. Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta Lei. [...] Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário.



Veja-se, como exemplo, o Acórdão nº 2292/2014 – TCU – Plenário,<sup>597</sup> que versou sobre auditoria operacional realizada na Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, com o objetivo de “avaliar os resultados da ação orçamentária *Implantação, Construção e Ampliação de Unidades de Pronto Atendimento*, notadamente no que se refere à economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade dos atendimentos e à adequação das estruturas físicas dessas unidades.” (destaques do acórdão)

A construção das Unidades de Pronto Atendimento de saúde estava sendo custeada com recursos repassados pela União aos Municípios. Um dos achados de auditoria foi que o repassador federal “[...] não dispõe de rotinas de trabalho adequadas a controlar o andamento das construções e ampliações das unidades de pronto atendimento.” Constatou-se que, não obstante atraso na construção das unidades de saúde, o gestor federal “[...] não adota medidas efetivas a sanear a omissão dos gestores locais ou a obter a devolução dos valores”, inclusive concedendo prorrogações de prazos para que os municípios em atraso dessem andamento às obras.

A equipe de auditoria destacou que:

É importante ressaltar que os novos prazos concedidos pela Portaria [*omissis*] não obstante terem retirado a condição de inadimplência por descumprimento de prazos por parte dos entes federativos beneficiados, não modificou a condição de ineficácia na utilização dos recursos públicos constatada durante a auditoria. Ou seja, os recursos públicos que foram alocados para a construção das unidades permanecem sem plena utilização e sem terem sido revertidos em benefício da população que se pretendeu atender.

Observa-se que a equipe de auditoria analisa o ato administrativo (portaria) e, com base no exame de legitimidade do gasto público, adentra na discricionariedade administrativa e considera que a ação de prorrogação adotada pelo gestor não garantia a eficácia do gasto. No entanto, devido à baixa densidade do critério, neste caso, optou-se por fazer uma determinação ao órgão federal, no sentido de que “[...] se abstenha de conceder novos prazos aos entes federativos para que eles apresentem documentos, concluam as obras de construção ou ampliação das unidades de pronto atendimento e comprovem o início do funcionamento das unidades, relativamente aos projetos habilitados antes de 2013 [...]” .

As prorrogações de prazos, ao invés de se exigir a efetiva construção das unidades de saúde, poderiam ter sido caracterizadas como atos de gestão ilegítimos tendo em vista a necessidade de eficiência do gasto público, inclusive em priorizar o direito fundamental à

---

<sup>597</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional. Acórdão nº 2292/2014 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 3/9/2014. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br) Acesso em 5/1/2015.

saúde. No entanto, a baixa densidade do critério levou a Corte de Contas a expedir determinação ao órgão federal. Tornado mais objetivo o critério, o seu descumprimento é passível de sancionamento.

### 6.3 APRECIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NO GASTO PÚBLICO

#### 6.3.1 Ato antieconômico

O Acórdão nº 1195/2008 – TCU – Primeira Câmara<sup>598</sup> apreciou a legitimidade de contratação de táxi aéreo por um conselho de fiscalização do exercício da profissão. Foram contratados mais de 59 voos para diversas cidades. Inquirido, o gestor responsável sustentou que o Tribunal de Contas “[...] seria incompetente para adentrar o mérito da atividade administrativa - relacionado a critérios de conveniência e oportunidade atinentes à discricionariedade conferida ao administrador.”

Asseverou o Relator do processo que a multa aplicada ao gestor teria se dado:

[...] em face da adoção de ato ilegítimo que resultou numa contratação nitidamente antieconômica, em dissonância com os princípios da razoabilidade e da economicidade. [...] No âmbito do controle de economicidade do ato administrativo - respaldado pelo art. 70, caput, da CF/88, e que compreende a avaliação da legitimidade dos aspectos relacionados à eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública -, é cabível ao Tribunal adentrar o mérito administrativo, nos casos em que a decisão adotada pelo gestor se mostrar nitidamente em descompasso com o princípio da economicidade, tendo em vista as demais opções legais que estiverem ao seu alcance.

No parecer do Ministério Público que atua junto ao TCU, fica claro que:

A partir dos parâmetros e metas de eficiência, eficácia e efetividade, e tendo presente o princípio da razoabilidade, devem ser identificadas, ao contrário, as situações em que os administradores públicos tenham adotado soluções absurdamente antieconômicas. Caso seja possível identificar, a partir da razoabilidade, essas soluções, a conclusão é a de que elas são ilegítimas. [...] O controle da legalidade e o controle de legitimidade, conforme examinado, não interferem no mérito da atividade administrativa. Dizem respeito à conformidade dos atos à lei e aos demais princípios e preceitos jurídicos. [...] O controle da economicidade, ao contrário, alcança aspectos relacionados ao mérito - o que ocorre de forma bastante mitigada - e à adequação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico.

Verifica-se que não se espera que seja adotada a única solução correta, mas que, ao menos, se afastem as soluções absurdas, a isso serve o princípio da razoabilidade. O ato

---

<sup>598</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Acórdão nº 2295/2008 – 1ª Câmara. Sessão de 22/4/2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=^PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=1195&anoAcordao=2008>> Acesso em: 27/2/2015.

antieconômico é ato ilegítimo e macula a gestão.

### **6.3.2 Análise do motivo e adequação à finalidade pública**

No Acórdão nº 3378/2010 – TCU – Plenário,<sup>599</sup> foram apreciados gastos com concessão de passagens aéreas e diárias. O motivo para o sancionamento do gestor foi a falta de adequação do ato à finalidade pública. Apontou o Relator do processo que compete ao Tribunal de Contas “[...] verificar se há adequação da forma e do motivo das concessões de diária e de passagens aéreas à finalidade pública. Não pode o agente público tomar o poder discricionário como expediente para a prática de atos arbitrários ou contrários ao ordenamento jurídico.” Mas deixou registrado que “[...] não paira a menor dúvida de que o controle externo não pode intervir em atos discricionários a ponto de substituir o administrador na eleição de melhor alternativa da pauta de opções disponibilizadas pela lei.”

Importante também destacar no caso, a vinculação da Administração diretamente à finalidade pública traçada pelo ordenamento jurídico, na linha de uma superação da Administração vinculada estritamente ao comando legal. A discricionariedade do gestor encontra limites na finalidade posta pela Constituição. “Ocorre que os limites do poder discricionário são limitados pela própria finalidade pública estampada na Constituição Federal e na lei. Não pode o agente público tomar o poder discricionário como expediente para a prática de atos arbitrários ou contrários ao ordenamento jurídico.”

### **6.3.3 Avaliação da razoabilidade das estratégias adotadas**

No Acórdão nº 864/2007 – Primeira Câmara<sup>600</sup>, ao analisar eventual omissão de uma empresa estatal para obter recebimento de créditos junto a seus devedores, o Tribunal decidiu que não competia ao Controle Externo definir a estratégia da empresa para obtenção dos valores, mas exigir que buscasse o ressarcimento e, “[...] avaliar, dentre outros, a razoabilidade da estratégia adotada”.

---

<sup>599</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. Acórdão nº 3378/2010 – Plenário. Sessão de 8/12/2010. Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&^Icolegiado=PLENARIO&numeroAcordao=3378&](https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&^Icolegiado=PLENARIO&numeroAcordao=3378& Acesso em: 27/2/2012) Acesso em: 27/2/2012.

<sup>600</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de reconsideração. Acórdão nº 864/2007 – Primeira Câmara. Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2007&colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=864&](https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2007&colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=864& Acesso em: 27/2/2012) Acesso em: 27/2/2012

### 6.3.4 Controle da discricionariedade técnica e análise de economicidade

O Acórdão nº 2470/2013 - Plenário<sup>601</sup> tratou de irregularidade relacionada à construção de unidades modulares de assistência à cidadania. A contratação da empresa responsável pela obra se deu mediante pregão, instituído pela Lei 10.520/2002. A modalidade pregão é utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns. A referida Lei considera como bens e serviços comuns, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”<sup>602</sup> O Ministério Público que atua junto ao TCU, autor da representação, entendeu que as unidades modulares, “[...] pelo grau de complexidade, poderia não ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. Devendo ser elaborado, inclusive, projeto básico, conforme determina a Lei 8.666/1993.<sup>603</sup>

O gestor responsável pela contratação alegou que tais unidades modulares não se encaixavam no conceito de imóveis, e que não seria obra de engenharia, portanto, dispensável o projeto básico e presente a possibilidade de utilização da modalidade pregão.

A análise empreendia no termo de referência utilizado no processo licitatório<sup>604</sup> revelou

<sup>601</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão nº 2470/2013 - Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman. Sessão de 11/9/2013. Disponível em: [<sup>602</sup> Lei 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único.](https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.^lfaces?anoAcordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2470& Acesso em: 27/2/2015.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>603</sup> Lei 8.666/1993, art. 6º, IX: “Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos [...]”

<sup>604</sup> “As UNIDADES MODULARES DE ASSISTÊNCIA À CIDADANIA /UMAC são equipamentos constituídos de um conjunto de módulos interconectados, sua cobertura, elementos arquitetônicos e todas as suas instalações elétricas (inclusive subestação, grupo gerador e sistema “no break”), hidráulicas, sanitárias (inclusive estação de tratamento de resíduos hospitalares) e especiais tais como, de lógica, de telefonia, de gases, de incêndio e pânico, de SPDA, de comunicação visual, e de climatização, bem assim de rede de águas pluviais, urbanização e alambrado em total observação aos regulamentos técnicos específicos, notadamente as normas da Anvisa e demais normas técnicas pertinentes. (grifei) (...) O material a ser empregado nessas construções - painéis metálicos pré-fabricados - delas não retira a condição de obra de engenharia, porque a edificação, espécie do gênero obra, não se desnatura em razão dos materiais utilizados. (...) A construção de edifício não perde a natureza de obra pelo simples fato de não ser edificado com tijolos e cimento. É obra o prédio edificado com estrutura metálica, ainda que pré-fabricada, e vidro, por exemplo. De igual sorte, a construção de casas com painéis de poliestireno celular rígido, popularmente conhecido como isopor, ou de qualquer outro material, dela não retira a condição de obra. (...) A Lei de licitações e contratos administrativos não leva em consideração os materiais empregados na obra para conceituá-la. Obra, nos termos da Lei, é “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta” (art. 6º, inciso I, da Lei 8.666/1993). (...) A confecção da estrutura e painéis metálicos, nas instalações industriais da empreiteira, não se mostra hábil a subtrair o objeto contratado do conceito de obra. A etapa de produção desses materiais é também qualificada como obra, porque o legislador incluiu a “fabricação” como espécie do gênero obra. Fabricação é “a conjugação de material e mão de obra para obter peças prontas e acabadas, geralmente em concreto armado ou protendido, a serem enviadas ao local onde elas serão utilizadas para dar forma ao objeto licitado”. (...) A fabricação desses materiais é obra acessória à obra principal, consistente na construção dos prédios destinados a abrigar os profissionais e equipamentos necessários à prestação dos serviços públicos. Não podem, pois, as atividades de engenharia, alocadas ao empreendimento, serem tidas como acessórias ao fornecimento dos painéis metálicos. (...) Em acréscimo, as atividades de engenharia necessárias à consecução do objeto, por sua complexidade, importância e imprescindibilidade para obtenção do resultado desejado, não podem ser qualificadas como simples montagem dos painéis pré-fabricados. (...) A

que o objeto se tratava de construção de prédios, portanto não poderia se enquadrar na categoria de bens e serviços comuns e, conseqüentemente, ser contratada mediante pregão. Dada a natureza do objeto, seria necessária ainda a elaboração de projeto básico.

Observa-se que se poderia argumentar que se tratava de uma discricionariedade técnica, no entanto, ao se adentrar nos elementos técnicos foi possível decifrar com precisão os conceitos indeterminados presentes na questão: bens e serviços comuns, obras de engenharia, serviços complexos.

No caso se analisou também a possível desvantagem econômica na “[...] na escolha das unidades modulares, em detrimento do método construtivo tradicional, em alvenaria, porque o preço contratado pela Secretaria de Estado de Saúde (...) (R\$ 3.480,00/m<sup>2</sup>) supera em 236% o custo unitário básico (CUB) de alto padrão, tipo CSL-8, para o mesmo período, ou seja, R\$ 1.034,90”.

O gestor responsável alegou em sua defesa que “[...] a escolha do método construtivo empregado na edificação das unidades de atendimento à cidadania se insere no espaço de discricionariedade da Administração.” Segundo a Secretaria de Estado da Saúde, “[...] não poderia o Tribunal ocupar-se em avaliar essa decisão, porque o mérito do ato administrativo discricionário seria insuscetível de controle.”

Discordando, o Relator afirmou que “[...] sobretudo em questões atípicas, a motivação é que dá o suporte de validade do ato. No caso concreto, considero que o conteúdo do ato administrativo discricionário pode se submeter à apreciação do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário.” E mais, prossegue o Relator, “[...] decidindo por solução diversa ou mais onerosa que a usualmente utilizada pelos agentes públicos e privados, obriga-se o administrador a justificar sua escolha, para comprovar que ela é a que melhor atende ao interesse público e aos princípios da eficiência e economicidade.”, assentado que:

[...] o conteúdo do ato administrativo discricionário pode se submeter à apreciação

---

montagem de painéis constitui, de fato, atividade simples, de conexão de uma peça a outra ou à estrutura pré-existente, tal qual ocorre na instalação de móveis. O edital de licitação, ao contrário, reclama a prestação de serviços de engenharia indissociáveis às obras de edificação, a exemplo da instalação de redes elétrica, hidráulica, sanitária, lógica, telefônica, de águas pluviais e gases medicinais, e de sistemas de combate a incêndio e pânico, proteção contra descargas atmosféricas, climatização, comunicação visual, bem assim da realização de sondagens de solo e construção de fundações. (...) Desta forma, não prospera, também, a tese de que as unidades contratadas não seriam imóveis, em razão da "mobilidade" decorrente da possibilidade delas virem a ser desmontadas e montadas em localidade diversa, porque não perdem o caráter de imóveis "as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local" (art. 81, inciso I, do Código Civil). (...) Assim, apenas por argumentar, eventual operação de desmontagem e remontagem do prédio, em local diverso, dele não retiraria a condição de imóvel, tampouco afasta a conclusão de que a incorporação dessas unidades modulares ao solo é obtida por meio de construção, de obra de engenharia. (...) A natureza jurídica do objeto licitado não é definida pelo nome juris escolhido pela administração, mas pelo que dispõe a Lei 8.666/1993. No caso concreto, o objeto não se ajusta ao conceito de compra, como defende a administração distrital, mas ao de contratação de obra.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão nº 2470/20013 - Plenário., op. cit.

do Tribunal de Contas da União. Isso ocorre quando a Administração, mesmo no exercício do poder discricionário, afasta-se dos princípios constitucionais implícitos e explícitos a que se submete, entre os quais os da motivação, da eficiência e da economicidade.

### 6.3.5 Análise de razoabilidade do gasto público

“A razoabilidade e a adequação dos motivos da despesa pública aos princípios da eficiência e da racionalidade da Administração Pública são sindicáveis pelo controle externo, sob pena de desperdício de dinheiro público, intolerável no regime republicano.” Essa afirmativa decorreu do Acórdão nº 2786/2013 – TCU – Plenário,<sup>605</sup> que tratou de possíveis irregularidades em Hospital Federal na aquisição superfaturada de 32 unidades de ponteira de tungstênio, instrumento cirúrgico utilizado na realização de transplante hepático.

Questionou-se a necessidade de aquisição do equipamento por parte do hospital, uma vez que:

[...] procedimento administrativo de compra não ter sido instruído com a devida motivação que contemplasse os fundamentos atinentes à pertinência e à necessidade da aquisição, a pressupor a disponibilidade de infraestrutura de pessoal e física, inclusive, com os equipamentos que permitam a efetiva utilização das ponteiras de tungstênio nas cirurgias de transplante hepático. Nesse particular, o referido hospital sequer possuía coagulador de plasma de argônio, bisturi eletrônico microprocessado, cilindro para gás argônio e a unidade de transporte com rodízios e bandeja, emprestados gratuitamente pela empresa [omissis] Ltda., conforme carta de esclarecimento, para efetiva utilização das ponteiras de tungstênio.

A motivação para a aquisição do equipamento seria insuficiente e desarrazoada, e, conquanto nos atos discricionários exista margem para juízo de oportunidade e conveniência, o Relator do caso entendeu que;

Embora a motivação do ato administrativo tendente a deflagrar procedimento de compra de material atenda aos juízos de conveniência e oportunidade da autoridade administrativa, a razoabilidade e a adequação dos motivos da despesa pública aos princípios da eficiência e da racionalidade da Administração Pública não deixam de ser sindicáveis pelo controle externo, sob pena de desperdício de dinheiro público, intolerável no regime republicano.

A análise procedida pelo Tribunal se debruçou sobre os fatos que poderiam deflagrar a referida compra. Ora, averiguar se os motivos para a realização das despesas existem e são razoáveis não retira o juízo de mérito do gestor.

---

<sup>605</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação de unidade técnica. Acórdão 2786/2013 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 16/10/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2786> > Acesso em: 27/2/2015.

### 6.3.6 Controle de constitucionalidade

No acórdão 1534/2007 – Plenário,<sup>606</sup> o Tribunal de Contas considerou irregular a cessão de um terreno de marinha a um clube de futebol, determinando ao gestor responsável que “[...] mantenha a posição já adotada, no sentido de determinar a rescisão do contrato de cessão do terreno de marinha”.

Contra essa decisão, o responsável opôs embargo de declaração, apreciado pelo Acórdão 1308/2008 – Plenário.<sup>607</sup> Ali, alegou o responsável que a cessão havia sido realizada pelo Decreto Presidencial (a cessão inicial foi feita por meio do Decreto nº 78.337/76 e foi ratificada por autoridade competente em 1990) e que, pois:

[...] há um espaço para o juízo do administrador, cujo ato máximo é o Decreto Presidencial, que é naturalmente imune ao controle do TCU. No caso em pauta, destaca que se o Decreto foi legal e pautado pela conveniência e oportunidade, representando não só o interesse do (clube de futebol), mas da coletividade, não pode ser atingido pelo controle do TCU.

No citado Acórdão 1308/2008 – Plenário, o Relator não encara efetivamente esta questão, que somente será analisada no Acórdão 945/2013 – Plenário,<sup>608</sup> que versou sobre pedido de reexame quanto à determinação exarada para rescisão do contrato de cessão. Ali ficou assentado que:

Em relação à competência do Tribunal para exercer o controle concreto de constitucionalidade, a jurisprudência desta Casa pacificou o entendimento no sentido de que o TCU, ao examinar um ato na sua esfera de competência, pode, para decidir um caso concreto, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, interpretando-os para conformá-los à Constituição ou afastando a sua aplicação, no caso em que a incompatibilidade não puder ser superada. Nesse sentido, por exemplo, podem ser citados os seguintes precedentes: Acórdãos nº 2.442/2007, nº 831/2003 e nº 2.195/2008, todos do Plenário.

Da mesma forma, o TCU pode negar a aplicação em casos determinados de decretos que se mostrem incompatíveis com os preceitos constitucionais. Nesse sentido, pode-se citar por exemplo o Acórdão nº 1.704/2005 – Plenário, no âmbito do qual foi decidido que o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, quando estiver estudando um caso específico, pode não aplicar ato normativo que entenda inconstitucional. No que concerne ao mérito da questão então analisada, este Colegiado decidiu negar, por inconstitucionalidade, a aplicação do Decreto nº 2.745/1998, que regulamentou a Lei nº 9.748/1997, tendo em vista que esta Lei não foi recepcionada pelo artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, com a redação que

<sup>606</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão nº 1534/2007 – Plenário. Relato Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 8/8/2007. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?^numeroAcordao=1534&colegiado=PLENARIO&anoAcordao=2007> Acesso em: 28/2/2015.

<sup>607</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Embargos de declaração. Acórdão nº 1308/2008 – Plenário. Sessão de 2/7/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=1308&colegiado=PLENARIO&anoAcordao=2008> Acesso em: 28/2/2015.

<sup>608</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Pedido de reexame. Acórdão 645/2013 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17/4/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=945&colegiado=PLENARIO&anoAcordao=2013> Acesso em: 28/2/2015.

lhe conferiu a Emenda Constitucional nº 19/1998.

Importa salientar, ainda, que o STF, por meio de sua Súmula 347, deixou assente que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.” [destaques do Acórdão]

Mas não cabe o controle de inconstitucionalidade em abstrato. No Acórdão 831/2013 – Plenário,<sup>609</sup> que cuidou de Consulta sobre a natureza jurídica da receita de taxa de concurso público e da despesa relativa à realização do certame, o Relator consignou que o controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas somente pode se dar diante do caso concreto.

Uma das competências do Tribunal de Contas da União é “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência.”<sup>610</sup> A resposta à consulta “tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”<sup>611</sup> e vincula toda Administração. Assim, ressaltou o Relator do processo que:

[...] dificuldade em conhecer da presente consulta, caso entendesse que a Lei nº 9.262/96 é inconstitucional, pelas razões que exponho a seguir. O objeto da consulta consiste em determinar quais seriam as possíveis interpretações da referida Lei. O § 2º do art. 1º da Lei nº 8.443/92 estabelece que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese.

Significa dizer que a decisão a ser adotada em sede de consulta deve ser obedecida pelos órgãos sujeitos à jurisdição do Tribunal e que venham, de qualquer forma, a ser abrangidos pela matéria objeto do feito. Assim, por exemplo, se a consulta versar sobre a correta aplicação de determinado dispositivo legal afeto a todo o Poder Judiciário, a resposta do Tribunal não obrigará apenas ao órgão consulente, mas estender-se-á a todos os demais órgãos do Judiciário Federal. Este o alcance do caráter normativo de que trata o citado dispositivo legal.

Tais processos apresentam, por conseguinte, verdadeira eficácia *erga omnes*, pelo menos no que pertine à administração pública sujeita à matéria objeto da consulta. Ora, se o processo versa a respeito da aplicação de determinada norma legal e se a conclusão alcançada alude à sua inconstitucionalidade, estará, na verdade, o Tribunal exercendo competência constitucional que não detém, qual seja, o controle abstrato de normas, ainda que de efeitos restritos.

Se a decisão da consulta afirmar a inconstitucionalidade da norma, seu caráter normativo acarretará a obrigatoriedade de os órgãos sujeitos à jurisdição do Tribunal não a aplicarem. O efeito prático será a suspensão da eficácia da norma objeto da consulta, o que não pode ser realizado pelo TCU. Reconheça-se que pode esta Corte examinar a constitucionalidade de leis, no exercício de sua missão institucional, porém apenas para decidir o caso concreto. Nunca quando o objeto de processo, cuja decisão possua efeito normativo, for a própria constitucionalidade da norma.

O reconhecimento da competência dos Tribunais de Contas para o exercício do contro-

<sup>609</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consulta. Acórdão nº 831/2013 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Sessão de 10/4/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?ano^1Acordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=831&> Acesso em: 27/2/2015.

<sup>610</sup> Lei 8.443/1992, art. 1º, XVII.

<sup>611</sup> Lei 8.443/1992, art. 1º, §2º.



le de constitucionalidade reforça mais uma vez a Carta Maior como critério de legitimidade para a prática do ato de gestão. É para os vetores constitucionais, que auditor-controlador e gestor-controlado devem se voltar a fim de garantirem uma gestão legítima.

### 6.3.7 Adensamento do princípio da eficiência

No Acórdão 2539/2009 – Segunda Câmara,<sup>612</sup> abordou-se a contratação de serviços contábeis por Serviço Social Autônomo. Foi questionado o fato de não haver no contrato instrumentos que permitissem avaliar objetivamente os serviços prestados:

[...] inexistência de controles quanto à prestação dos serviços ou de metas a serem atingidas pelo contratado, além de se poder identificar o caráter genérico do objeto pactuado.

O próprio caráter genérico do Contrato [...], contudo, aliado à inexistência de controles acerca de quais as ações efetivamente desenvolvidas pelo contratado, já constitui, por si só, falha a ser levada em conta, vez que atentatória aos princípios da publicidade e eficiência, a cuja observância não se pode furtar unidade alguma da Administração Pública Direta e Indireta, nos termos do caput do art. 37 da CF/88.

Vê-se, acima, no trecho do Voto do Relator do processo, que a ilegitimidade do ato de gestão foi constatada tomando como critério os princípios constitucionais da publicidade e eficiência. Somente a partir da efetiva estipulação de metas claras e transparentes e que pudessem ser aferidas de forma objetiva é que se daria para comprovar se os serviços contábeis foram prestados ou não.

Conquanto maculado pela ilegitimidade, com base nos princípios da publicidade e eficiência, o que autorizaria o sancionamento com multa em decorrência da prática de ato de gestão ilegítimo, a baixa densidade do critério conduziu o julgamento para determinações, com o caráter mais didático:

[...] determinando-lhe que, em atenção aos princípios constitucionais da publicidade e eficiência, adote providências, caso ainda não o haja feito, com vistas a que os contratos que vierem a ser firmados por aquela Administração Regional contemplem a fixação das metas a serem atingidas pelo contratado, bem como sejam dotados de controles formais (relatórios, planilhas ou qualquer outro documento comprovando a execução) quanto à efetiva prestação de serviços ajustados [...]

O Acórdão nº 341/2009 – Plenário,<sup>613</sup> por sua vez, versou sobre possível irregularidade

---

<sup>612</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Acórdão nº 2539/2009 – Segunda Câmara. Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 19/5/2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2009&colegiado=SEGUNDA+CAMARA&numeroAcordao=2539&Aceso em: 28/2/2015>.

<sup>613</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Denúncia. Acórdão nº 341/2009 – Plenário. Relator Ministro-Substituto Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 4/3/2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=341&anoAcordao=2009> Aceso em: 28/2/2015.

na terceirização de atividade-fim de uma empresa pública federal. O tema principal tratado era o aspecto de legalidade, qual seja: a burla à exigência de concurso público prevista na Constituição.<sup>614</sup>

Após inspeção na empresa pública federal, constatou-se a efetiva irregularidade de terceirização de atividade-fim. Esta Corte determinou que a empresa se abstinhasse de firmar ou prorrogar contratos de terceirização de serviços típicos de sua área-fim. E, no que diz respeito à *terceirização lícita da área-meio*, a Corte de Contas entendeu por bem:

[...] recomendar (à empresa pública federal fiscalizada) que realize a análise de custo/benefício em cada Processo de contratação, relacionado à terceirização de serviços de sua área-meio, para aferir se é mais vantajoso terceirizar o serviço ou executá-lo com empregados do próprio quadro, tendo em vista os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, insculpidos nos arts. 37, caput, e 70, caput, da Constituição Federal de 1988.

Veja-se que, neste caso, o princípio da eficiência e o da economicidade, conquanto sirvam de critérios para uma avaliação da legitimidade do ato de gestão, foram submetidos antes a um processo de adensamento. Agora está posto para auditor-controlador e gestor-controlado, que a terceirização de mão de obra, mesmo lícita, deve ser precedida de estudos que comprovem que a opção pela terceirização é mais eficiente e econômica que a contratação de empregados.

### 6.3.8 Eficiência do gasto e a finalidade pública

O Acórdão 3177/2008 – Primeira Câmara<sup>615</sup> cuidou de tomada de contas especial de repasse de recursos da União para um município com o objetivo, dentre outros, de construção de uma olaria. Apesar de a obra ter sido concluída, o Tribunal sancionou o responsável. “A condenação destes responsáveis decorreu de irregularidades consistentes no estado de abandono e depredação em que se encontrava a olaria, sem qualquer perspectiva de utilização para a finalidade para a qual foi construída, além de pagamento por serviços contratados pela Prefeitura e não executados.”

Concluir determinada obra ou atingir determinada meta não materializa necessariamente o sentido jurídico da eficiência. É necessário que se atenda às finalidades e prioridades públicas. O gestor, a bem do princípio da eficiência, deve se certificar se após a obra conclu-

<sup>614</sup> Constituição Federal, art. 37, II.

<sup>615</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. Acórdão nº 3177/2008 – Primeira Câmara. Relator Ministro Valmir Campelo. Sessão de 30/9/2008. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual/2/\Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2008&colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=3177&Acesso em 28/2/2015>.

ida terá condição de mantê-la. Não é incomum notícias de postos de saúde devidamente construídos, mas em completo estado de abandono, devido à ausência de recursos para custeio (contratação de pessoal e material médico). No caso da olaria:

[...] sua construção se deu totalmente fora dos princípios constitucionais de eficiência. Os elementos probantes estão a indicar que não houve o devido zelo na utilização dos recursos federais então transferidos, de vez que continua sem servir à coletividade, denotando a completa inutilidade da obra executada. Conforme bem assinala a instrução, não há falar-se em ausência de matéria-prima essencial ao seu funcionamento, de vez que o próprio Prefeito foi que assinalou sua existência, ao pleitear os recursos em comento.

O princípio da eficiência norteia a ação pública, que além de legal, deve também buscar a efetiva realização do interesse público. Pode ser que não tenha ocorrido nenhuma irregularidade na contratação de uma obra, que o gestor tenha feito o devido projeto básico, o processo licitatório tenha transcorrido dentro da mais perfeita legalidade, a obra concluída com qualidade dentro do prazo e sem superfaturamento, mas, se ao final, ela não tiver uma efetiva destinação pública, estaremos diante de um ato de gestão ilegítimo, por ir de encontro ao princípio da eficiência.

### 6.3.9 O princípio da eficiência e a escassez de recursos

O Acórdão 1722/2008 – Plenário<sup>616</sup> cuidou de avaliar a situação do controle de tráfego aéreo no País. A Equipe de Auditoria propôs quinze determinações aos órgãos responsáveis, por considerar flagrante violação a norma jurídica e que, portanto, justificava ação corretiva. No entanto, observou o Relator em seu voto que das “[...] quinze determinações propostas [...], sete fundamentam-se em prescrições da ABNT NBR ISSO/IEC 17799:2005, uma fundamenta-se no item AI2.241 do Cobit 4.1. O *princípio constitucional da eficiência também foi invocado como suporte jurídico para algumas destas proposições.*” (destaque nosso) Quando à aplicação do princípio da eficiência, observou o Relator que:

[...] em relação ao princípio da eficiência, contido no caput do art. 37 da Constituição Federal. Embora seja cediço que o conteúdo principiológico deva permear toda a atividade administrativa, há circunstâncias fáticas que constituem notório empeco a uma gestão eficiente, tais como restrições orçamentárias, falta de pessoal qualificado, apenas para mencionar alguns.

Portanto, a invocação deste princípio para sustentar uma ação coercitiva por parte do Controle Externo deve demonstrar, de forma irrefutável, que o gestor público, dentro de sua esfera de poder discricionário, tenha concorrido, por ação ou omissão, para um resultado abaixo dos parâmetros objetivos mínimos de eficiência que possam ser

<sup>616</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Acórdão nº 1722/2008 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 20/8/2008. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual/1Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1722&anoAcordao=2008> Acesso em: 28/2/2015.

exigidos de um órgão ou entidade.

De certo que o princípio da eficiência como critério para o exercício do controle orienta o gestor público a buscar a maximização dos recursos colocados à sua disposição. Analisado os recursos que foram disponibilizados para o gestor e as escolhas que ele realizou, dentre os objetivos que deveria perseguir, é que se chega à conclusão do atendimento ou não do princípio da eficiência.

Quanto às limitações impostas pela escassez de recursos, não podem ser escusas para a materialização do princípio da eficiência, antes, pelo contrário, é exatamente a escassez de recursos que obriga o gestor a observar o princípio da eficiência, no sentido de maximar os recursos que lhe foram disponibilizados, priorizando as suas ações. Cumpre a ele demonstrar que em face dos recursos de que dispunha realizou o máximo, no interesse público.

#### 6.4 BAIXA DENSIDADE DO CRITÉRIO E A INEVITÁVEL GESTÃO CONSENSUAL

Os critérios para o controle de legitimidade da gestão, muitas das vezes colocados de forma principiológica, conquanto cogentes, podem não conter a densidade suficiente para sustentar uma sanção, devendo passar antes por um processo de adensamento.

No âmbito dos Tribunais de Contas, isso vem ocorrendo. Se constada a ilegitimidade e se adensa o critério para que, no caso de futuro descumprimento, seja possível efetuar o devido sancionamento.

A densificação do critério, uma vez que se trata de escolher qual seria a melhor gestão que atenderia aos objetivos traçados pela Constituição, deve contar com a participação do gestor. Se há opções igualmente válidas para que o gestor possa escolher, cabe a ele o juízo de oportunidade e conveniência para optar por uma delas. Não se trata de definir o critério, uma vez que este já foi posto pelo ordenamento jurídico, mas da melhor maneira de atendê-lo.

Uma coisa é constatar que determinado ato é ineficiente, ineficaz, antieconômico, portanto, ilegítimo, outra coisa é saber qual a melhor solução. Por isso a necessidade de que a melhor solução seja apontada pelo gestor, a fim de se resguardar a sua competência por especialização de função.

Segundo o Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União, antes da formulação das determinações e recomendações, a Equipe de Auditoria deve submeter o seu trabalho ao Gestor, para que ele possa emitir seus comentários sobre os achados apontados.

“Os comentários oferecidos devem ser analisados em instrução na qual a equipe de auditoria avaliará a necessidade de rever pontos do relatório ou apresentará argumentos para manter posições discordantes dos gestores.”<sup>617</sup>

A Equipe de Auditoria deve avaliar as informações trazidas pelos gestores e:

Caso as novas informações e argumentos dos auditados sejam importantes para esclarecer pontos do relatório ou sejam suficientes para alterar o entendimento da equipe, as modificações serão feitas nos capítulos principais do relatório, sem necessidade de mencioná-las no capítulo de análise dos comentários dos gestores. Nesse caso, deve constar da análise a informação de que foram feitas alterações no relatório em razão dos comentários dos gestores.<sup>618</sup>

O método dialético da busca da melhor solução envolve órgão de controle e gestor, tendo em vista os critérios apontados pelo ordenamento, mormente aqueles que constam na Constituição. Não se trata de criar um novo critério, mas densificar o que já existe. Não é lícito ao Auditor e nem há margem de discricionariedade do Gestor que justifiquem se afastarem dos critérios já existentes.

Mesmo na auditoria de conformidade, onde o critério é mais objetivo, tem-se usado, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o método dialético na busca da melhor solução para a boa gestão pública. Segundo normativo daquele Tribunal, “considerando a necessidade de aprimorar a qualidade das determinações propostas a fim de lhes conferir o devido valor, crédito e eficácia junto às unidades jurisdicionadas”, no caso de proposta de determinação que contemple situações mais complexas, ao invés de o Tribunal determinar ao órgão auditado que cumpra determinada obrigação, deve ser determinado a “apresentação de plano de ação com vistas a sanear o problema verificado.”<sup>619</sup>

No Brasil, os Tribunais de Contas dos Estados também têm buscado soluções consensuais para se atingir uma gestão pública legítima. Em outro trabalho,<sup>620</sup> tivemos a oportunidade de discorrer sobre o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG). Diferente da competência de que detém os Tribunais de Contas para determinar o exato cumprimento da norma e sancionar o gestor no caso de seu descumprimento, o TAG tem se apresentado como um instrumento de busca consensual para o melhor atendimento ao interesse público.

A competência para a celebração de TAG decorreria do próprio art. 71, IX, da

<sup>617</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*, op. cit., p. 50.

<sup>618</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*, op. cit., p. 50.

<sup>619</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria-Segecex n. 13, de 27 de abril de 2011. Disciplina a proposição de determinações pelas unidades técnicas integrantes da Segecex. *Boletim do TCU*, n. 17 de 9 mai. 2011, p. 128-131.

<sup>620</sup> COSTA, Antonio França. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*. Jul./ag./set., p. 19-33, 2014.

Constituição Federal que prevê a competência dos Tribunais de Contas para assinalarem prazo para o cumprimento da lei, ou mesmo do art. 59, §1º, da Lei Complementar nº 101/2000, que estabelece que os Tribunais de Contas devem alertar os Poderes e órgãos quando verificarem fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidade na gestão orçamentária.<sup>621</sup>

Para Cláudia Araújo, a instituição do TAG teria também amparo no “preâmbulo da Constituição da República, que compromete o Estado Brasileiro, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”<sup>622</sup> Não obstante essas previsões, diversos Tribunais de Contas têm alterado suas Leis Orgânicas a fim de fazer constar expressamente a previsão do TAG. “O primeiro foi o Tribunal de Contas de Goiás, seguido por Sergipe, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Amazonas.”<sup>623</sup>

No âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais, a sua Lei Orgânica dispõe que a propositura de TAG não pode limitar a competência do gestor. No mesmo sentido são as Leis Orgânicas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte e do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.<sup>624</sup>

Esse respeito à discricionariedade do gestor, por um lado, é para evitar a ingerência indevida dos órgãos de controle e, por outro lado, também sinalizar para a necessidade de construção de um acordo em que o gestor efetivamente participe e aponte, dentre os meios legítimos, quais deles seriam melhores para o atendimento da finalidade pública. [...] Ao participar da construção de uma solução, o gestor assume que a irregularidade existe, o que elimina o ônus argumentativo para uma eventual sanção, caso o TAG seja descumprido. [...] Ademais, se o objetivo do TAG não for a busca de uma solução conjunta, esse instituto se torna desnecessário, uma vez que já existe a competência para que os tribunais possam determinar, por ato unilateral, a correção de rumos.<sup>625</sup>

A baixa densidade do critério exige que se busque uma solução dialética para o problema identificado. A solução encontrada não pode fugir aos parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico, em especial os objetivos estipulados na Constituição, “[...] o que não impede que sejam transacionadas as condições de tempo, lugar e modo, respeitando sempre a discricionariedade do gestor de escolher, entre as alternativas legítimas, a que melhor atenda ao interesse público.”<sup>626</sup>

---

<sup>621</sup> COSTA, op. cit. p. 23.

<sup>622</sup> ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de ajustamento de gestão: resgate do pensamento tópico pelo direito administrativo pós-moderno. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 81-92, jul./ago./set./ 2012, p. 84.

<sup>623</sup> COSTA, op. cit., p. 23.

<sup>624</sup> COSTA, op. cit., p. 28.

<sup>625</sup> COSTA, op. cit., p. 28.

<sup>626</sup> COSTA, op. cit., p. 30.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos abordar neste trabalho o controle de legitimidade do gasto público pelos Tribunais de Contas no Brasil. A Constituição de 1988 ampliou as competências das Cortes de Contas, atribuindo-lhes o dever de aferir a regularidade da despesa, verificando os aspectos de legalidade, economicidade e legitimidade. Para além do mero controle formal-legal, exige a Carta Constitucional que seja realizado exame substancial do gasto público.

A ampliação das competências dos Tribunais de Contas se deu em um contexto de mudança de paradigmas que vão influenciar o controle da gestão pública, tornando insuficientes as teorias que até então sustentavam as soluções de problemas no âmbito do controle externo, pautadas num controle estritamente formal.

A concepção de que os poderes são meros instrumentos dos deveres de que os órgãos governamentais foram incumbidos pelo ordenamento jurídico para a realização do bem comum autorizam uma investigação mais substancial do gasto público, sem que se fale em interferência indevida de um Poder em outro. Os órgãos de controle externo receberam o dever constitucional de aferir a legitimidade do gasto público e é típico do exercício do controle externo que se verifique a regularidade dos atos praticados pelos outros órgãos.

A assunção pelo Estado do dever de assegurar também os direitos sociais exigiu a reformulação de seu aparelho e da sua forma de atuação. Para assegurar a realização do fim que lhe foi atribuído pela Carta Constitucional, não bastaria mais uma simples abstenção da esfera privada como quer o liberalismo, mas, também, prestações materiais, a fim de assegurar saúde, educação, lazer, cultura, em prol de uma vida digna para os legítimos detentores do poder. Essa quebra de paradigma também exigiu uma reformulação do controle externo. Se sob a égide do Estado Liberal o controle de legalidade parecia ser suficiente para verificar o Estado cumpria a sua função, com a incorporação dos direitos de segunda e terceira dimensão, torna-se necessário o exame substancial do gasto público e, portanto, o desenvolvimento de novos tipos de controle.

Outra mudança que também passou a condicionar a gestão pública foi a ascensão do constitucionalismo. A lei deixa de ser o único critério para aferição da regularidade do gasto público. Antes da lei, é na Constituição que auditores e gestores devem se mirar em busca de critérios que vão legitimar o gasto público. Com a ascensão do constitucionalismo, a validade da lei deixa de ser pura e simplesmente sua forma de produção, mas sua conformação com os valores albergados na Carta Constitucional.

As normas constitucionais incidem diretamente sobre a atuação do gestor, exigindo uma releitura do vetusto mandamento de que a “Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza” para a “Administração deve fazer aquilo que a Constituição determina.”

A força normativa da Constituição se faz sentir em todos os ramos do direito, em especial na gestão pública, norteando as ações da Administração, que deve agir no sentido de materializar os objetivos traçados pela Carta Maior, obrando para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação; priorizando a realização daqueles direitos fundamentais que mais contribuem para assegurar a dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado.

A fórmula encontrada pelo positivismo não foi capaz prever de no esquema da lei a complexidade da vida. O elemento cultural, os valores, também condicionam o direito e a justiça. Os princípios, antes relegados às categorias axiológicas, são transportados para a categorias deontológicas, fazendo brotar deles diretamente dever-se. Princípios também são normas, diferentes das regras, uma vez que determinam algo apenas *prima facie*, mas diante do caso concreto, devem ser observados, sejam integrando as leis, sejam incidindo diretamente sobre o caso concreto. A técnica do sopesamento fornece instrumental necessário para que a aplicação dos princípios ganhe em racionalidade e não seja um mero decisionismo.

Assim, a ação administrativa se vê diretamente vinculada aos princípios, mormente aqueles expressos na Constituição, exigindo um comportamento transparente, moral, eficiente, impessoal e atento à legalidade. A força normativa dos princípios dá outra dimensão aos direitos fundamentais, enunciados em boa parte de maneira principiológica, antes tomados como normas programáticas a depender da intermediação do legislador infraconstitucional, agora exigem diretamente uma atuação administrativa.

Esses novos paradigmas exigiram a reformulação do controle externo do gasto público, que deixa de ser realizado somente com base na formalidade da lei para adentrar na discricionariedade da ação administrativa.

Os Tribunais de Contas, órgãos de estatura constitucional, recebem dela diretamente sua competência e sua autonomia para realizar o controle de legalidade, economicidade e legitimidade do gasto público. Trata-se de controle técnico da atividade financeira do Estado.

Sob os novos paradigmas, não basta apenas que a gestão pública esteja revestida de uma



regularidade formal. A Constituição exige que se averigüe o mérito do ato gestão a fim de aferir-lhe a legitimidade, autorizando que o cometimento do ato de gestão ilegítimo seja devidamente sancionado.

A clássica distinção dos atos administrativos, quanto à liberdade do gestor para praticá-los, em atos vinculados e atos discricionários, deve ceder espaço para níveis de vinculação, pois todos os atos administrativos estão vinculados à Constituição. Assim, a discricionariedade deve ser entendida como a liberdade de escolha do gestor dentro de opções igualmente válidas perante o ordenamento. A sindicabilidade da discricionariedade administrativa, em seus aspectos objetivos é perfeitamente possível. Os critérios, *conditio sine qua non* para o exercício do controle e aplicação de sanções, estão postos pelo ordenamento, tanto para o controlado quanto para o controlador.

Os principais critérios para a aferição da boa gestão pública foram traçados pela Carta Constitucional. É nela que devem ser buscados os objetivos que norteiam a ação administrativa; é nela que deve ser buscada a forma como a Administração deve atuar, respeitadora das leis, da moral, agindo de forma impessoal, dando publicidade de seus atos e buscando eficiência em suas ações. O avanço da legislação, doutrina e jurisprudência fornecem ferramentas que permitem uma análise objetiva da discricionariedade administrativa, não podendo se falar mais que este seja um espaço livre do controle.

Assim, é que os chamados “conceitos indeterminados”, tais como “urgência”, “relevante interesse público”, que teriam o condão de atribuir ao gestor uma margem de livre apreciação do direito, podem ser objetivamente controlados. Eliminando-se as zonas de certeza positiva e negativa, o sentido da chamada zona cinzenta deve ser aferido segundo as pautas de valores fundamentais do ordenamento jurídico e levando-se em conta a função que exercem dentro de um determinado complexo de regulação, conforme ensina Larenz, e sempre levando em conta, como demonstra Müller, que a norma só se completa em contato com a realidade. Nem mesmo a chamada discricionariedade técnica escapa à apreciação do controle, seja por que, conforme Eros Graus, por ser técnica, tem critérios mais precisos, ou por se aferida nos moldes dos conceitos indeterminados.

No exame de legitimidade da gestão pública, é lícito ao órgão de controle externo verificar se não houve desvio de finalidade. Se ao praticar o ato de gestão, a Administração visou ao interesse público. Deve o órgão de controle averiguar os motivos eleitos para a prática do ato, verificando se eles existem e se há adequação entre o pressuposto de fato e de direito e o conteúdo do ato, tendo em vista a finalidade legal. No exame dos motivos, deve ser

averiguado se houve adequada ponderação das questões de fatos, regra e princípios constitucionais. Não se concebe a prática de um ato como se fosse algo isolado. Deve-se medir quais são seus efeitos no conjunto da gestão, inclusive o que se deixará de fazer em decorrência da prática de determinado ato.

Autoriza também a averiguação da discricionariedade administrativa, o princípio constitucional da eficiência, que exige que o gestor busque maximizar a realização dos objetivos traçados pela Constituição. O princípio da eficiência, enquanto norma jurídica, obriga o gestor a priorizar suas ações sempre em direção das necessidades essenciais para gerar condição de vida digna.

Conquanto seja possível a aferição da eficiência em ações isoladas, é no campo da atividade global que se pode chegar a um juízo mais preciso da eficiência administrativa.

Uma gestão legítima é aquela que atende ao direito fundamental à boa administração, princípio implícito na nossa Constituição, que agrega em torno de si o direito a uma administração transparente, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, eficiente e comprometida com os objetivos e as diretrizes postas pela Constituição.

No âmbito dos Tribunais de Contas, no que tange ao exame de legitimidade, verifica-se o controle da discricionariedade administrativa, em seus elementos objetivos, a partir dos critérios traçados pelo ordenamento, mormente aqueles colocados expressamente pela Constituição, nosso repositório de consensos. Assim, é possível a análise da economicidade do gasto, da adequação do motivo invocado à finalidade pública, da razoabilidade das estratégias adotadas, da denominada discricionariedade técnica, da razoabilidade e da eficiência do gasto público.

No entanto, se reconhece que devido à baixa densidade do critério, é preciso que ele, às vezes, passe por um processo de adensamento, para que o gestor não seja apenado de forma arbitrária. O processo de adensamento do critério deve ser dialético, com a participação do gestor, a quem cabe apontar a melhor solução. Não se trata de criar critérios, estes estão postos pelo ordenamento, em especial aqueles previstos pela Constituição, mas de escolher, entre as alternativas possíveis, a solução que melhor atenda ao interesse público.

## REFERÊNCIAS

### Livros e artigos:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro. O controle de atos de gestão e seus fundamentos básicos. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 30, n. 80, p. 17-50, abr/jun 1999.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discrecionabilidade e motivação do ato administrativo*. In. *Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Lima, Sérgio Mourão Corrêa (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 110-112.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1986.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. v. 2. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituições brasileiras: 1946*. v. 5. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 15, n. 58, p.24-54, abr./jun. 1978.

BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da união europeia*. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, julho/dezembro, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. ref. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos . *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*. Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Julho / Setembro 2006 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37252> . Acesso em: 28 ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. Trad. Carmem C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral Luis Guerreiro Pinto Cacaís. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11 ed., 1998.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano 1, nº 9, dez/2001.
- BUCKINGHAM, Will et al. *O livro da filosofia*. Trad. Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma introdução ao estudo do direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. Orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rida Janeiro: forense, 2013.
- CANOLTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 6 reimp., Coimbra: Almedina, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Estado de Direito*. Disp.: [www.libertarianismo.org ^/livros/jjgcoedd.pdf](http://www.libertarianismo.org/~/livros/jjgcoedd.pdf) Acesso em: 6 fev. 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013.
- CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Obrigação tributária como obrigação de fazer: conversibilidade parcial da imposição pecuniária em deveres administrativos: uma revisão de paradigmas*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito, 2005.
- \_\_\_\_\_; DAVI, Kaline Ferreira (Coord.). *Limite legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos*. Salvador: ed. Fundação de Direito da Bahia, 2013.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. v. 6. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- COSTA, Antonio França. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*. Jul./ag./set., p. 19-33, 2014.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *A anulação do ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- DAVI, Kaline Ferreira. *Dimensão política da administra pública sob a ótica de um direito administrativo constitucionalizado*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=^I96089> Acesso em: 19 jul. 2013

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 9-24, jul./set. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial, p. 87-109. Rio de Janeiro, 2013

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 16 de fevereiro de 2015.

FERREIRA, Kílvia Souza. *Uma visão poperiana do direito*. Disponível em < <http://www.^lfaculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol3-1-2012/artigo11.pdf>.> Acesso em 19 fev 2015.

FINGER, Julio Cesar. O direito fundamento à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 58, nov/dez. 2009.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 200

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr.2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=^l66525> . Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade pelo Estado Administração. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010b. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67726> Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Adhemar Martins Bento. *A trajetória dos tribunais de contas: estudos sobre a evolução do controle externo da administração pública*. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2002.

GRANDO, Felipe Esteves. O direito fundamental à boa administração pública e seu diálogo com o direito tributário. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de direito público*, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997 (reimp. 2002).

HOMERCHER, Evandro T. O Tribunal de Contas e o Controle da Efetividade dos Direitos Fundamentais. *Interesse Público IP*. Belo Horizonte, n. 35, ano 8 Janeiro/Fevereiro 2006 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49315> Acesso em: 28 ago. 2014.

JACOB, Alckmin Cesar Augusto. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Ride Janeiro: forense, 2013.

JAYME, Fernando G. A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas do Brasil. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Ed. nº 4, 2002. Disponível em: [http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/2002/04/-sumario?next=5](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2002/04/-sumario?next=5) Acesso em: 9/2/2015.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira et al. São Paulo: Perspectiva SA., 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis. Vozes. ANO?.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert, *Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de*

*curso, dissertação e teses*. 5. ed. Salvador: EDUFBA, 2013.

MACHADO, Cristina de Amorim. Popper, a demarcação da ciência e a astrologia. In *Ensaio sobre o pensamento de Karl Popper* / Paulo Eduardo Oliveira (org.). Curitiba: Circulo de Estudos Bandeirantes, 2012.

MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. *Revista Informação Legislativa*. Brasília a.29 n. 113 jan/mar 1992, p. 327 a 330.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O dilema da liberdade: alternativas republicadas á crise paradigmática no direito: o caso da judicialização da política no Brasil*. 2008. 476 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. Controle parlamentar da administração. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 27, n. 107, p.111-130, jul./set. 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. ref. ampl. Atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 45, set./out.2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=48444> . Acesso em: 28 ago. 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito da leis*. Apres. Renato Janine Riberiro; trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A legitimidade plena: a democracia pela racionalidade no manejo do poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília v. 29, n. 114, p. 21-40, abr./jun. 1992

\_\_\_\_\_. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/ janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>> . Acesso em: 18 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. Interferências entre Poderes do Estado: fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 26, n. 103, p. 5-26,

jul./set. 1989.

\_\_\_\_\_. *O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalhos dos tribunais de contas.* in *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro. Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MORGADO, Cíntia. Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, (65), p. 68-94, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Maumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008

OHLWEILER, Leonel. Dos motivos à motivação dos atos administrativos como dever de ponderação: uma análise a partir da viragem hermenêutica. *Revista da AJURIS*, v. 34, n. 107, p. 172-187, set./2007. Disponível em <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infob^lase/12e5a/12ec3/134de?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0> Acesso em 15/1/2015

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medida. *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *O controle da discricionariedade administrativa e as Cortes de Contas*. In *Controle externo: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 267-286.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POLETI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. v. 3. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Ed., 1947, v. II.

POPPER, Karl Raymund. *A lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. v. 4. 3. ed. Brasília: Senado Federal,



Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. As infrações administrativas e seus princípios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (60), p. 204-213, 2006.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul/set 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, ago. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=5344>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

SCLIAR, Wremyr. Controle externo brasileiro: poder legislativo e tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, p. 249-275, jan./mar. 2009, p. 251.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

SOUZA, Antonio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994

SOUZA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TORRES, Caroline de Fátima da Silva. Entidades fiscalizadoras superiores dos países integrantes do Mercosul e perspectivas de controle externo a partir do Efsul. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 11, 7035-7060. Disponível em: [http://www.lidb-fdul.com/modo1\\_cat.php?sid=52&ssid=114&cid=14](http://www.lidb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=114&cid=14) Acesso em 25/2/2015.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 4, jul/1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. O Tribunal de Contas e controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

VASCONCELOS, Raymundo. *Tribunal de Contas e fiscalização financeira: alguns aspectos*.

Salvador: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1961.

VIEIRA, Raimundo de Menezes. As funções do controle externo. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. V.11, p.5-9, ano 1981.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Ride Janeiro: forense, 2013, p. 213-224.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. – São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

### **Legislação, jurisprudência e documentos:**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocomp^lilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocomp^lilado.htm)> Acesso em: 10/11/2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 966-A, de 7 de 7 de Novembro de 1890. Cria um tribunal de contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernente à receita e despesa da república. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 1, n.1, p. 263, 1970a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 27.2.1967. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm) Acesso em 15/12/2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. 1942. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9/9/1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm) Acesso em 16/1/2015.

\_\_\_\_\_. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 1, n.1, p. 253-262, 1970b.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 5/5/2000. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/^lccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/^lccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm) Acesso em 15/12/2014.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 mai. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)> Acesso em: 15/12/2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.028 de 19 de outubro de 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10028.htm)> Acesso em: 9/2/2015.

\_\_\_\_\_. Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm) Acesso em: 10/1/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/114717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/114717.htm)> Acesso em: 02/1/2015

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992. Dispões sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 jul. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm)*Lei 8.443/1992.*> Acesso em 9/2/2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443/1992, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outros providências. *Diário Oficial da União*, 17/7/1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666/1993 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 38, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em 30/12/2014.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *O modelo de planejamento governamental. PPA 2012-2015*. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=10&ler=s1086> Acesso em: 25/2/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Orçamento Federal. Manual técnico de orçamento MTO. Edição 2015. Brasília, 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República: Câmara da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. A Agravo regimental no agravo regimental do recurso especial 1043779/SC. Segunda Turma. Sessão de 3/11/2012. *DJe* de 21/11/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Agravo regimental no recurso de mandado de segurança nº 45359/PE. Segunda Turma. Sessão de 5/2/2015. *DJe* de 11/2/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso especial nº 1162281/RJ. Terceira Turma. Sessão de 19/2/2013. *DJe* de 25/2/2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 5498-RJ*. Tribunal Pleno, Sessão 20/8/1958. *Dj* 25/9/1958, p. 68

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Mandado de segurança nº 7280 – Estado da Guanabara*. Tribunal Pleno. ADJ 17/9/1962, p. 460.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautela em Ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 4190 - Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Sessão de 10/3/2010, *DJe* 10/6/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar em Ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 4190 - Rio de

*Janeiro*. Tribunal Pleno. Sessão de 10/3/2010, DJe 10/6/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornam ilegais, por deles não se originam direitos; ou revoá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Seção Plenária de 3/12/1969. Brasília: *Diário da Justiça*, 15/6/1970, p. 2437.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional. Acórdão nº 2292/2014 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 3/9/2014. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br) Acesso em 5/1/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Auditoria. Acórdão nº 1534/2007 – Plenário. Relato Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 8/8/2007. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1534&colegiado=PLENARIO&anoAcordao=2007> Acesso em: 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Auditoria. Embargos de declaração. Acórdão nº 1308/2008 – Plenário. Sessão de 2/7/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2008&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1308> Acesso em: 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Auditoria. Pedido de reexame. Acórdão 645/2013 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17/4/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=945&colegiado=PLENARIO&anoAcordao=2013> Acesso em: 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Consulta. Acórdão nº 831/2013 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. Sessão de 10/4/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=831> Acesso em: 27/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Denúncia. Acórdão nº 341/2009 – Plenário. Relator Ministro-Substituto Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 4/3/2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2009&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=341> Acesso em: 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Embargos de Declaração. Acórdão nº 2295/2008 – 1ª Câmara. Sessão de 22/4/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=1195&anoAcordao=2008> Acesso em: 27/2/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Glossário de termos do controle externo*. Brasília, 2012

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Portaria Segecex n.4, de 26 de fevereiro de 2010. *Manual de auditoria operacional*. 3.ed. – Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Portaria-Segecex n. 13, de 27 de abril de 2011. Disciplina a proposição de determinações pelas unidades técnicas integrantes da Segecex. *Boletim do TCU*, n. 17 de 9 mai. 2011, p. 128-131.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Portaria-Segecex n. 26, de 19 de outubro de 2009. *Padrões de auditoria de conformidade*. BTCU Especial. Brasília Ano xliii n. 2 3/ fev. 2010

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso de reconsideração. Acórdão nº 864/2007 – Primeira Câmara. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2007&colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=864>  
Acesso em: 27/2/2012

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Relatório de Auditoria. Acórdão nº 1722/2008 – Plenário. Relator Ministro Menjamin Zymler. Sessão de 20/8/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/JurisConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1722&anoAcordao=2008> Acesso em: 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Representação de unidade técnica. Acórdão 2786/2013 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 16/10/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2786&> Acesso em: 27/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Representação. Acórdão nº 2470/20013 - Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman. Sessão de 11/9/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2470&> Acesso em: 27/2/2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Representação. Acórdão nº 2539/2009 – Segunda Câmara. Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman. Sessão de 19/5/2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2009&colegiado=SEGUNDA+CAMARA&numeroAcordao=2539&> Acesso em: 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. *Boletim Especial TCU*. Brasília Ano xlvi n.1 2/1/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tomada de contas especial. Acórdão nº 3177/2008 – Primeira Câmara. Relator Ministro Valmir Campelo. Sessão de 30/9/2008. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2008&colegiado=PRIMEIRA+CAMARA&numeroAcordao=3177&> Acesso em 28/2/2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tomada de Contas. Acórdão nº 3378/2010 – Plenário. Sessão de 8/12/2010. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=3378&> Acesso em: 27/2/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tomada de Contas. Acórdão nº 2510/2009 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 28/10/2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2009&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=2510&> Acesso em: 28/2/2015

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 15/1/2015.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana (1948). Disponível em: <https://www.cidadania>

[^litaliana.me/dicas/constituicao-da-republica-italiana-1948-versaoemportugues](http://litaliana.me/dicas/constituicao-da-republica-italiana-1948-versaoemportugues) Acesso em:  
27/2/2015