

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS-CCJP
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

José Ricardo Parreira de Castro

**“ATIVISMO DE CONTAS” – CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

RIO DE JANEIRO
2015

José Ricardo Parreira de Castro

“Ativismo de Contas” – Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, como quesito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. José Carlos Buzanello

2015

JOSÉ RICARDO PARREIRA DE CASTRO

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do Grau de Mestre em Direito e Políticas Públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2015.

Professor Dr. José Carlos Buzanello

Professor Orientador

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professor Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça

Professor

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professor Dr. _____

Professor Convidado

Universidade _____

DEDICATÓRIA

Para minha esposa Christine, e meus filhos José Fernando e José Pedro, pelo apoio incondicional aos meus projetos, mesmo quando estes me tiram do convívio familiar. Sem vocês, eu nada seria.

Aos amigos (todos eles, sem exceção), estejam aonde estiverem.

A todos os membros dos Ministérios Públicos de Contas, de todos os Tribunais de Contas do Brasil. Que a sua combatividade e o seu denodo iluminem, dia a dia, o sonho de uma Nação mais justa e, sobretudo, mais honesta.

AGRADECIMENTOS

Disse o Padre Antônio Vieira que “*o melhor modo de pedir é agradecer*”. Embora eu não deva pedir – pois sou extremamente grato a Deus por tudo o que tenho, e sei que já tenho o bastante – certamente não devo me furtar ao dever de agradecer. Como esta é uma arte difícil, peço desde logo perdão pelos eventuais esquecimentos, avisando que não se trata de desprezo ou pouco caso, mas, essencialmente, da chegada (precoce) da senilidade.

Dito isto, eu agradeço, de coração, à minha esposa Christine e aos meus filhos José Fernando e José Pedro, pelo apoio irrestrito, mesmo quando isso significa meu afastamento do convívio familiar. Sem vocês, eu nada seria;

Agradeço também aos meus amigos, pela sempre presente coragem de “*apontar a nudez do Rei*”. Dentre os inúmeros amigos, cabe apontar alguns que emprestaram seu tempo e esforço à consecução do presente trabalho: deles são os (eventuais) méritos; de minha responsabilidade os (vários) erros. Assim, agradeço:

Ao Dr. Thiers Vianna Montebello, Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, pelo empenho e dedicação na condução daquela Corte de Contas, e aos demais Conselheiros, sempre presentes e conscientes das graves responsabilidades lançadas nos ombros do Controle Externo;

Aos membros da Procuradoria Especial do TCM/RJ Carlos Henrique Amorim Costa, Francisco Domingues Lopes, Antônio Augusto Teixeira Neto e Edilza Camargo, pela calorosa recepção quando da minha chegada e pelas inestimáveis lições acerca da atividade diária de Controle Externo, lições estas que se apresentam (ainda que implicitamente) neste trabalho;

Aos Srs. Sérgio Domingues Aranha, Sérgio Tadeu Sampaio Lopes, Marco Antônio Scovino, Carlos Augusto P. Werneck de Carvalho, Marcus Vinícius P. da Silva, Ricardo Duarte Levorato, Marta Varela Silva, Heleno Chaves Monteiro, Rodolfo L. Pardo dos Santos, Luiz Antônio de Freitas Junior e Sara Jane Leite de Farias, amigos verdadeiros que fiz neste (pouco) tempo de Controle Externo;

Aos demais componentes do Corpo Instrutivo e da Administração Interna do TCM/RJ, cujo denodo e dedicação ao serviço público emprestam caráter especialíssimo ao controle externo das atividades da Administração Pública Municipal;

Aos Drs. Rossiclerio da Costa Tosto, Nélio Chaves Junior, Marcus Pinho, Marlon Fonseca Corrêa e Hércules Siqueira, pela paciência, pelos inúmeros debates em reuniões, cafés, almoços (seja com salada, seja com bacalhau) e, sobretudo, pela amizade calorosa;

Aos amigos que fiz durante o Mestrado, pelas contribuições, conversas e intervenções em sala de aula, sempre enriquecedoras, conceitual e empiricamente precisas. Saibam que este trabalho, embora escrito por mim, representa (espero) o melhor de cada um de vocês;

Ao Professor Orientador José Carlos Buzanello, pelo comprometimento e pela disponibilidade em assumir minha orientação, mesmo diante de um tema tido por muitos como reconhecidamente complexo;

Aos demais Professores do Mestrado da UNIRIO, pelo incentivo e ajuda nesta (e também em outras) pesquisa(s), bem como pela coragem de lecionarem (e pesquisarem!) no Brasil.

Out of the night that covers me,
Black as the pit from pole to pole,
I thank whatever gods may be
For my unconquerable soul.

In the fell clutch of circumstance
I have not winced nor cried aloud.
Under the bludgeonings of chance
My head is bloody, but unbowed.

Beyond this place of wrath and tears
Looms but the horror of the shade,
And yet the menace of the years
Finds and shall find me unafraid.

It matters not how strait the gate,
How charged with punishments the scroll,
I am the master of my fate:
I am the captain of my soul.

Invictus

William Ernest Henley (1849-1903)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar ser possível e necessário que os órgãos componentes do sistema brasileiro de Controle Externo da Administração Pública (Tribunais de Contas) adotem uma postura “*ativista*”, isto é, concretizador das normas constitucionais, mormente dos direitos e garantias fundamentais, sem que isto implique em atuação fora do seu âmbito de competências. Após o exame das formas e dos sistemas de controle – inclusive o brasileiro, tratar-se-á dos vetores de controle estabelecidos no art. 70 da CRB: legalidade, economicidade e legitimidade. Após, buscar-se-á a densificação do conceito de Políticas Públicas, bem como se demonstrará como este conceito relaciona-se com os Direitos Fundamentais e com a Atividade Financeira do Estado, fazendo-se ainda menção ao papel atual dos Tribunais de Contas em relação às políticas públicas. Em seguida, será realizada uma releitura do conceito de legitimidade, apontando para três novas possíveis vertentes do conceito: parâmetro de controle, sustentáculo da ação de controle e atributo do órgão controlador. Por fim, buscar-se-á responder à indagação acerca da necessidade (ou não) da adoção, pelas Cortes de Contas, de uma postura ativista e concretizadora dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Externo da Administração Pública; Tribunais de Contas; Políticas Públicas, Legitimidade, Ativismo, Democracia.

CONTROL OF LEGITIMACY OF PUBLIC POLICY BY AUDIT COURTS – DO WE NEED A "AUDIT ACTIVISM"?

ABSTRACT

This paper aims to show that it is possible and necessary that the components organs of the Brazilian system of external control of public administration - the Audit Courts - adopt an "activist" stance, that is, effectively actualize the constitutional norms, especially the fundamental rights and guarantees, without this implying in acting outside its remit. After examining the forms and control systems - including the Brazilian one – we will treat the vectors of control set out in art. 70 of CRB: legality, economy and legitimacy. In the second chapter, will be sought for the densification of the concept of public policy, as well as demonstrate how this concept relates to fundamental rights and the financial activity of the State, also mentioning the current role of the Audit Courts in relation to public policy. In the third chapter, a reinterpretation of the concept of legitimacy will be held, pointing to three possible new concept areas: control parameter, mainstay of control action and control organ attribute. Finally, in the fourth chapter, we will seek to answer the question about the need (or not) the adoption, by the Audit Courts, of an activist stance of actualizing the fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: External Control of Public Administration; Audit Courts; Public policies, Legitimacy, Activism, Democracy.

SUMÁRIO

Introdução	11
1. Controle Externo da ação administrativa – Controle pelos Tribunais de Contas.....	16
1.1. Formas de Controle	17
1.2. Sistemas de Controle	25
1.3. Sistema Brasileiro de Controle	33
1.4. Os três Vetores do Controle Externo.....	39
1.4.1 Legalidade	41
1.4.2 Economicidade	44
1.4.3 Legitimidade.....	47
2 O que são Políticas Públicas? – A densificação do conceito.....	54
2.1. Conceituação de Políticas Públicas	55
2.2. As Políticas Públicas se vinculam aos Direitos Fundamentais?.....	63
2.3. As Políticas Públicas se vinculam ao Direito Financeiro?	68
2.4. O papel atual dos Tribunais de Contas quanto às Políticas Públicas (<i>Evaluation/Auditoria</i>).....	76
3. O que seria “Controlar a partir da Legitimidade”?.....	86
3.1. A Erosão do conceito – Legitimidade em tempos de Globalização	87
3.2. Legitimidade como parâmetro de controle da ação pública	99
3.3. Legitimidade como sustentáculo da ação de controle	106
3.4. Legitimidade como atributo do órgão de controle:	114
4. Precisamos de um “Ativismo de Contas”?	122
4.1. “Ativismo de Contas” e Democracia – Possibilidades de atuação contramajoritária dos Tribunais de Contas.....	127
4.2. “Ativismo de Contas” e Separação dos Poderes (noção abstrata de Separação dos Poderes x Separação dos Poderes na CRFB/88)	131
4.3. Devem os Tribunais de Contas se “auto-conter”?	138
Conclusão	148
Referências Bibliográficas.....	157

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo buscar respostas possíveis a uma série de indagações que ser resumidas em uma pergunta simples: precisamos de um “*ativismo de Contas*”, nos mesmos moldes do já exaustivamente estudado “*ativismo judicial*”? Vale dizer: precisam os Tribunais de Contas existentes no Brasil atuarem de modo a concretizar, com maior vigor, os direitos fundamentais, através de uma maior intervenção nas políticas públicas levadas à efeito pela Administração?

Embora uma apreciação dos noticiários nacionais pareça, de forma indelével, apontar para uma resposta eminentemente positiva – na medida em que boa parte das notícias acerca da Administração Pública, em suas três vertentes, versem acerca da aparente ineficiência do gasto público, ou mesmo sobre a prática de atos anti-econômicos, ilegais ou imorais, temos que, para tentar responder a esta indagação, com alguma profundidade, teremos que percorrer o seguinte caminho: em primeiro lugar, apresentaremos, sem maiores aprofundamentos, o que significa controlar a Administração Pública, abordando as formas e sistemas de controle externo da Administração Pública, com especial atenção ao sistema brasileiro de controle externo, composto pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pelos Tribunais de Contas dos Estados (TCEs), pelos Tribunais de Contas dos Municípios (TCMs) e, em duas instâncias especiais, pelos Tribunais de Contas de Município (TCMRJ e TCMSP). Trata-se de estrutura modelada a partir do sistema francês (também denominado sistema de Cortes de Contas), mas adaptado à nossa estrutura federal.

Em seguida, faremos uma abordagem explicitando o significado das expressões “*legalidade*”, “*economicidade*” e “*legitimidade*”, constantes do art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e apontadas como parâmetros a serem utilizados pelos órgãos de controle na apreciação dos atos/processos/programas administrativos. Importante destacar que nossas manifestações acerca da “*legalidade*” (aqui analisada não mais como mera submissão à lei formal, mas como efetiva juridicidade, significando submissão a todo o ordenamento jurídico, inclusive o constitucional) e da “*economicidade*” (abordada como um comando impositivo determinante da apreciação do custo e do benefício de cada medida a ser adotada pela

Administração¹) serão conclusivas, posto se tratar de conceitos já bem delimitados pela doutrina, ao passo que o atributo da “*legitimidade*”, neste momento, será objeto de apenas algumas poucas considerações, tendo em vista a necessidade de aprofundamento do tema, mais adiante. Como se verá, a noção de “*legitimidade*” imbrica-se, de modo inescapável, com conceitos e ideias oriundos não da ciência do Direito, mas da Ciência Política. Assim, o exame da “*legitimidade*” exige a superação do mero conceito jurídico – o qual, muitas vezes, o equipara com a noção de moralidade administrativa – para que se estudem quais são as repercussões jurídicas do recorte político do conceito em questão.

Na etapa seguinte, visando oferecer ao leitor a possibilidade de se inserir no contexto em que surgiram as perplexidades motrizes do presente estudo, abordaremos as imbricações perceptíveis entre os Direitos Fundamentais (e os valores morais relevantes que a eles subjazem), as Políticas Públicas (consideradas, aqui, como as ações estatais, encadeadas ou não, e que tem por objetivo a concretização, no mundo da vida, dos direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB) e o Direito Financeiro (considerado deste de modo amplo, isto é, como o conjunto de regras jurídicas que disciplinam a atividade financeira do Estado, isto é, sua arrecadação, a organização dos orçamentos, o dispêndio público e o crédito/dívida pública). Tal contextualização é necessária por duas razões: primeiro, para demonstrar que a questão referente ao estudo das políticas públicas é necessariamente interdisciplinar, não podendo prescindir das contribuições das ciências jurídica, política e econômica (até mesmo porque, como será mais adiante explicitado, o Direito Constitucional e, mais exatamente, os Direitos Fundamentais, fornecem elementos para a compreensão do chamado ciclo de Políticas Públicas).

Em segundo lugar, oferecer tal contextualização é importante para apontar também o atual papel das Cortes de Contas no âmbito da análise das políticas públicas, onde estas se resumem a avaliar – de modo bastante tímido até – os resultados dos programas públicos, em detrimento destes programas e de suas próprias atribuições. Tal se dá pois há uma “*confusão*” entre a natureza política das decisões das Cortes de Contas (são políticas no sentido de que qualquer decisão, mesmo as judiciais, importa em uma tomada de posição por vezes crítica diante da realidade dos fatos) e um

¹ Frise-se, desde logo, que a noção de economicidade (exame de custo/benefício) não se confunde com a noção de “*custo público*” – melhor definido como o custo, a ser suportado por cada cidadão, para a manutenção da “*máquina*” pública, e nem com o conceito de “*accountability*” (a ser adiante analisado) e que pode, *grosso modo*, ser representado pelo conceito de responsividade.

propalado caráter “*simbólico*” (eleitoral e, por isso mesmo, necessariamente partidário) destas avaliações, como se a finalidade última das Cortes de Contas fosse, tão somente, “*prejudicar*”, a partir da exposição de desconformidades, o mandatário “*de plantão*”, quando, na verdade, as Cortes de Contas cumprem, a partir da avaliação de programas públicos, sua função institucional (ainda que, como apontado, de forma acanhada, posto que as competências carreadas pela CRFB aos Tribunais de Contas permitiriam, como se sustentará mais adiante, uma postura mais ousada, interventiva e, porque não dizer, ativista)

No terceiro capítulo buscaremos aprofundar o conceito de legitimidade estabelecido no art. 70 da CRFB, demonstrando, primeiro, o desfazimento do conceito clássico de legitimidade, por força da onda globalizante. Decerto, o fenômeno da globalização, ao mitigar, no seio do Estado-Nação, a hegemonia cultural produzida na consolidação dos diversos Estados, terminou por reduzir – senão por romper – a noção de legitimidade classicamente estabelecida, onde se afirmava a existência de um consenso, na sociedade, de que as ordens emanadas de uma determinada autoridade política deveriam ser cumpridas espontaneamente, sem que o Estado tivesse que recorrer ao uso da força para impor obediência. Este consenso, este acordo acerca da necessidade de cumprir as ordens provenientes de uma autoridade significaria que o exercício de tal autoridade estaria revestido de legitimidade. Rompida esta lógica – já que o consenso social não existe, ou, melhor dizendo, encontra-se fragmentado por força da heterogeneidade cultural prevalente nos Estados-Nação inseridos no processo globalizante, mostra-se necessário atualizar, a partir de novos elementos, o conceito (ou conceitos) de legitimidade.

Assim, logo em seguida, buscaremos demonstrar que a ideia de legitimidade – quando voltada especificamente para as ações de controle externo da Administração Pública - pode ser interpretada, modernamente, pelo menos de três formas diferentes, porém complementares: a legitimidade enquanto parâmetro comparativo para realização do controle externo (situação em que a legitimidade decorrerá da atuação do controle de forma a tutelar os direitos fundamentais); a legitimidade enquanto alicerce da própria ação de controle (situação em que a legitimidade irá decorrer de uma atuação conforme procedimentos capazes de permitir a exposição e a apreciação de todos os pontos de vista envolvidos) e a legitimidade enquanto atributo do próprio órgão que realiza o controle externo (situação em que a legitimidade decorre da imparcialidade e do caráter neutro e independente do órgão de controle). Neste ponto, nos socorreremos não só da

obra de juristas, mas também da obra de politólogos, como Pierre Rosanvallon², na medida em que o conceito de legitimidade abarca, de modo inafastável, noções afetas à Ciência Política, sendo certo ainda que as releituras operadas por Rosanvallon quanto ao conceito de legitimidade podem – e devem – ser aproveitadas para “oxigenar” o conceito jurídico de legitimidade, ainda escorado na noção clássica da lei como produto do consenso social, expressado pelo Poder Legislativo, conceito este em franca crise, ante a diminuição dos espaços de conformação do Poder Legislativo e da “dessacralização” dos resultados produzidos pelas urnas, com base no princípio majoritário.

Em esforço de convergência, no quarto capítulo buscaremos responder, a partir dos subsídios estabelecidos nos segundo e terceiro capítulos, à indagação acerca da possibilidade de um “*ativismo de Contas*” e, para tanto, iremos estabelecer, em primeiro lugar, o que vem a ser o “*ativismo judicial*” (consubstanciando-se este em uma postura específica diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na CRFB), para, por extensão, fixarmos o conceito de “*ativismo de Contas*” (pois, como se verá, a noção moderna de legitimidade, tal como estabelecida pela Ciência Política, mais do que permitir, exige que as Cortes de Contas, à maneira dos Tribunais Judiciais, levem em consideração os direitos/deveres fundamentais constitucionalmente fixados).

Feito isto, tentaremos responder a algumas críticas que se apontam a postura judicial ativista e que, pela semelhança de argumentos, poderiam ser assacadas em face de um eventual “*ativismo de Contas*”. Neste momento, seriam três as principais críticas: a primeira, decorrente da denominada “*dificuldade contramajoritária*”, decorrente da tensão entre legitimidade democrática (advinda das urnas) e legitimidade constitucional (advinda da opção tomada pelo legislador constituinte); a segunda, concebida a partir de uma leitura apriorística da doutrina da separação dos poderes, refutada a partir da percepção do caráter eminentemente instrumental do princípio da separação dos poderes; e, finalmente, uma terceira, concernente à necessidade de uma “*auto-contenção judicial*”, diante de uma “*limitação do debate*” decorrente dos procedimentos judiciais (e judicialiformes, como os dos Tribunais de Contas) e da falta de “*capacidade*

² Pierre Rosanvallon, nascido em Blois em 1948, é um historiador e intelectual francês. O seu trabalho centra-se na história da democracia, no modelo político francês, e no papel do Estado e a questão da justiça social nas sociedades contemporâneas. Ele ocupa, desde 2001, a cadeira de História Moderna e Contemporânea da Política no *Collège de France*, mantendo-se diretor de estudos da *École des Hautes Etudes en Sciences Sociales* (EHESS). Foi um dos principais teóricos da crise do Estado providência.

institucional” por parte destes órgãos (Poder Judiciário/Tribunais de Contas) para definir e/ou intervir em políticas públicas.

1. Controle Externo da ação administrativa – Controle pelos Tribunais de Contas

O primeiro tópico a ser abordado no presente estudo diz respeito ao controle externo das ações da Administração Pública, atividade que, no Brasil (e também em alguns outros países), é levada à efeito por órgãos especificamente criados para tal tarefa, denominados Tribunais de Contas. Para contextualizar as atribuições e características dos Tribunais de Contas, trataremos, inicialmente, das diversas formas que este controle pode assumir, apontando, desde logo, que é possível (por razões que serão aprofundadas mais adiante) o controle não só dos atos ditos vinculados, mas também (e sobretudo, em virtude da importância) dos atos ditos discricionários.

Logo em seguida, faremos o exame dos sistemas de controle, com especial atenção nos dois grandes sistemas de controle adotados pela maior parte das nações e das vinculações que o controle tem com a noção de Estado Democrático de Direito. Em verdade, é possível afirmar que a própria existência do controle (interno e externo) é uma consequência da adoção desta forma específica de organização e estruturação estatal.

Feitas estas considerações, trataremos especificamente do sistema brasileiro de controle externo, o qual, embora decorrente, como dito, da noção de Estado Democrático de Direito, sofre imbricações a partir da estrutura federal de Estado, o que significa dizer que, ao contrário de Estados unitários que também tem Tribunal de Contas em sua estrutura, o Brasil conta com várias estruturas voltadas ao controle externo da Administração Pública. Além disto, neste ponto faremos breve incursão no tema atinente à natureza jurídica das Cortes de Contas no Brasil, uma vez que existe certa controvérsia interpretativa decorrente do texto adotado pela CRFB ante a aparente “*inserção*” dos Tribunais de Contas brasileiros na intimidade estrutural do Poder Legislativo. Ficará demonstrado que, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, esta não é a melhor opção interpretativa.

Prosseguindo no exame dos órgãos responsáveis pelo controle externo da Administração Pública no Brasil, vamos analisar os três vetores estabelecidos no art. 70 da CRFB como parâmetros para a realização do controle externo. Destarte, a CRFB afirma que a fiscalização da União, de sua Administração Direta e Indireta será feita com base nas noções de legalidade, economicidade e legitimidade. Por esta razão, faremos uma incursão em cada um dos conceitos, sendo certo, porém, que mais adiante

a legitimidade será abordada de modo específico, tanto em virtude de sua maior indeterminação, face aos conceitos de legalidade e economicidade, já bastante explorados, quanto por força de uma aparente confusão entre os conceitos de legitimidade e moralidade.

Passemos, pois, às formas de controle.

1.1. Formas de Controle

Embora o controle externo a cargo dos Tribunais de Contas figure, topograficamente, na CRFB, nos arts. 70 a 75, o controle dos atos da Administração Pública perpassa boa parte do texto constitucional, não só em virtude da importância do controle (não só para a ciência jurídica, mas também para a ciência da Administração), mas também porque existem diversas formas para o exercício deste controle, ficando a cargo de diversos órgãos, espalhados nas diversas estruturas organizacionais do Poder Público.

Para o exame das formas de controle da ação administrativa, pode-se partir do significado que ordinariamente se dá ao vocábulo. Colhe-se, no dicionário, que “*controle*” significa a “*Fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, etc., para que não se desviem das normas preestabelecidas*”³, sendo certo que o significado ordinário (isto é, não jurídico) do vocábulo já aponta no sentido que a CRFB e os demais diplomas normativos pretenderam emprestar ao termo. Diante disto, pode-se afirmar que “controle”, do ponto de vista técnico-jurídico

(...) envolve uma complexidade de atos voltados à fiscalização, inspeção, exame, acompanhamento, verificação, monitoramento, exercidos sobre as manifestações administrativas, de acordo com certos aspectos preestabelecidos, visando averiguar o cumprimento do que foi determinado ou evidenciar eventuais desvios com fins de correção, decidindo acerca da regularidade ou irregularidade do ato praticado. (...)⁴

Ou seja, “*controlar*” é “(...) *fiscalizar emitindo um juízo de valor, caracterizando o exercício do poder uno estatal por meio de uma função*”⁵. Trata-se, portanto, de uma atividade na qual uma determinada ação (um ato administrativo, por exemplo) é avaliada e apreciada à luz de um determinado parâmetro, eleito previamente (que pode ser a Constituição, lei, um ato administrativo hierarquicamente superior, ou

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini-Aurélio, 6ª ed.** Curitiba: Positivo, 2004, p. 265.

⁴ GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal, 3ª ed.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 107-108.

⁵ GUERRA, *op. cit.*, p. 108.

mesmo um princípio ou um conceito). Deste exame resultará um juízo de valor (ou de desvalor) quanto ao ato avaliado, isto é, se o mesmo está conforme o parâmetro de apreciação eleito ou, se ao contrário, o ato avaliado não está conforme o parâmetro eleito como paradigma. Neste último caso – quando o ato não está conforme o paradigma – o controlador deve, necessariamente, adotar medidas corretivas, com o objetivo de conformar o ato avaliado com o parâmetro eleito. É importante destacar que a atividade de controle, no que concerne à Administração Pública, pode ocorrer tanto em relação a um ato administrativo (como já apontado), como também pode ocorrer em escalas maiores, como no controle de programas e políticas públicas. Portanto, de acordo com Bugarin:

Controle da administração pública, em sentido amplo, tem por finalidade precípua a constatação da compatibilização dos múltiplos atos e programas de gestão estatal, tanto nos seus aspectos de regularidade formal como de resultado social, com amplo elenco de vetores normativos, em sua maioria de natureza principiológica, que regem a atuação legítima do poder público.⁶

Trata-se, portanto, de uma atividade que, embora técnica (uma vez que utiliza um determinado método para sua realização), envolve também uma dimensão eminentemente política, não no sentido “*partidário*” (isto é, o de dar prevalência à esta ou aquela posição ideológica), mas no sentido da “*ordenação*”, da obtenção de uma ordem capaz de sustentar a convivência em comum. Assim, “*as escolhas de caráter preponderantemente político passam a ser objeto de incidência do direito administrativo (...)*”⁷, ou, em outros termos, passa a existir um parâmetro (o direito administrativo) que permite a avaliação – e, conseqüentemente, o controle - das escolhas políticas⁸. Vale dizer:

(...) Define-se como problema central das escolhas políticas estabelecer critérios racionais para justificar a promoção desigual de distribuição de ativos sociais, que não devem resultar apenas de uma relação de dominação, mas devem respeitar um padrão que será a Constituição e o devido processo (...).

Por certo que o desrespeito aos padrões apontados exigirá a tomada de medidas corretivas, o que implica dizer que, mesmo no que concerne ao controle realizado nos termos dos arts. 70 e 71 da CRFB – controle este que é eminentemente técnico – há uma

⁶ BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 28.

⁷ DAVI, Kaline Ferreira. **A Dimensão Política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 166.

⁸ Um exemplo claro do que se quer aqui exprimir pode ser observado nos arts. 198, § 2º e 3º e 212 e § 8º da Constituição da República, onde uma escolha eminentemente política (montante de recursos a serem carreados à uma determinada política pública) passa a ser balizada pelo Direito (com a fixação de um montante mínimo de recursos, ante a constatação da jusfundamentalidade do direito a ser concretizado pela política pública).

inafastável dimensão política, consistente na possibilidade do controle dos atos (e também do conjunto deles) antes tidos como discricionários, onde a atuação do administrador público era livre, sem amarras⁹. Esta dimensão política – definida pela doutrina como a noção de “*juridicidade administrativa*” – leva à caracterização da discricionariedade como “(...) *um espaço carecedor de legitimação*”¹⁰. Neste espaço a escolha não é puramente subjetiva, e poderá ser controlada a partir de seus fundamentos, ou seja, das razões que foram oferecidas como motivadoras para a realização (ou não) do ato/programa. Nestes casos, leciona Binjenbojm:

(...) a definição da densidade do controle não segue uma lógica puramente normativa (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular *jurídico-funcionalmente adequado*.¹¹

Assim, para nós, o controle externo da Administração Pública, realizado pelos Tribunais de Contas, nos termos dos arts. 70 e seguintes da CRFB, implica, necessariamente, ter por:

(...) negada a diferença entre atos administrativos de superior gestão e atos meramente executores de lei [e aceitar] que há uma expressa divergência no grau de vinculação da atuação, que é maior nos casos em que o parâmetro é a lei infraconstitucional. Isto se justifica em razão do menor espaço de jogo estabelecido pelas normas hierarquicamente inferiores à Constituição. Ao nos referirmos aos atos de superior gestão da vida pública, cogitamos daqueles vinculados diretamente à Constituição, cujo grau de vinculação da atuação é menor devido à maior abstração da norma constitucional, toda ela de textura aberta, permitindo um espaço de jogo político muito maior.¹²

Afastando tal distinção, o controle – e, a nosso sentir, a possibilidade de ação corretiva – passa a incidir não só sobre o ato em si, mas também, nas eventuais consequências do ato (ou seja, naquilo que se pretende atingir a partir da prática daquela atividade pública), como também nos fundamentos do ato (aquilo que se alega como motivo determinante para a prática daquela atividade pública). Com isso, naquilo que concerne à **extensão do controle**, fica superada a lógica do controle do ato através da mera subsunção do ato controlado ao parâmetro de controle (controle de **legalidade**), passando-se a um controle que, além do exame da subsunção, verifica a materialidade do ato, isto é, ao controle do seu **mérito**.

⁹ A definição de Hely Lopes Meirelles, neste ponto, é clássica. Atos discricionários são atos que a “(...) Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, e sua oportunidade e do modo de sua realização”, in MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 40.

¹² DAVI, Kaline Ferreira, *op. cit.*, p. 166.

Destarte, o controle da legalidade, no dizer de Guerra, “(...) *objetiva a verificação do ato aos dizeres da lei (...)*”¹³, sendo certo que “(...) *trata-se de controle básico, formal (...)*”¹⁴. Como já afirmado, trata-se de verificar, em cada ato, se ele se conforma aos termos lançados na lei, que lhe serve de parâmetro de controle. Já o controle de mérito é:

(...) o controle determinado a investigar a atividade administrativa e o resultado alcançado pelo ato praticado de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração. Visa verificar a harmonia entre o objeto pretendido e o efeito atingido, buscando garantir a boa gestão da coisa pública, sob os aspectos da economicidade, eficácia e eficiência do ato.¹⁵

Aqui, o ente controlador poderá avaliar se o ato controlado se reveste de proporcionalidade, se o ato controlado produz os resultados que dele se espera, se os conceitos jurídicos indeterminados foram corretamente interpretados etc. Em suma:

(...) o juízo de mérito não se atém a critérios lógicos, rígidos e preordenados, como ocorre com o juízo de legitimidade; com efeito, no juízo de mérito verifica-se ocorrer, amiúde, o elastério da denominada discricionariedade técnica, que consiste na amplíssima liberdade de opção do controlador de mérito, no escolher os padrões técnico-científicos de análise, atendo-se somente à observância dos princípios de comportamento, gerais e co-naturais ao ordenamento jurídico, de ‘boa administração’, ‘justiça substancial’ e ‘moralidade administrativa’.¹⁶

Ainda no que toca à extensão do controle efetivado, Gualazzi sustenta a distinção entre o controle de mérito e o controle de resultado, afirmando que este último teria uma extensão ainda maior que o controle do mérito. Aduz Gualazzi que:

(...) o controle de resultados significa um alargamento do controle de mérito, no tocante à avaliação crítica da atividade administrativa. O controle de resultados ultrapassa o controle de mérito: o de mérito conecta-se apenas aos primeiros momentos de execução da atividade (assim permanecendo em nível hipotético, quanto aos resultados finais), ao passo que o controle de resultados abrange a totalidade dos frutos finais e definitivos da execução administrativa, já caracterizada e encerrada. Em termos lógico-formais de extensão, o controle de legitimidade apresenta extensão mínima, o de mérito extensão média e o de resultado extensão máxima.¹⁷

Assim sendo, pode-se classificar o controle, no que concerne à sua extensão, em controle da legalidade (menos extenso) e controle de mérito (mais extenso). Para aqueles que adotam a posição de Gualazzi, cabe ainda mencionar o controle de resultado, cuja extensão seria ainda maior que a do controle de mérito.

Além da classificação quanto à extensão do controle, outras características podem ser utilizadas para separar a atividade de controle em diversas categorias. Uma

¹³ GUERRA, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴ GUERRA, *op. cit.*, p. 115

¹⁵ GUERRA, *op. cit.*, p. 115

¹⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

¹⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *op. cit.*, p. 210.

delas diz respeito ao tempo em que é realizado o controle: se este se dá antes do ato/atividade a ser controlado (a), durante a realização do ato/atividade ou depois da realização do ato/atividade. O controle que se dá antes da prática do ato se diz **prévio**, e é definido pela doutrina como o controle que “(...) *antecede a realização do ato administrativo, com o objetivo de evitar procedimento contrário ao ordenamento jurídico*”¹⁸. O exemplo mais comum de controle prévio surge no art. 113, § 2º¹⁹ da Lei nº 8.666/93, onde se permite aos Tribunais de Contas solicitar, para exame, editais de licitação, antes da realização do certame. Além deste controle (cuja existência suscita discussão quanto à sua constitucionalidade, face ao princípio da separação dos poderes)²⁰, impende ainda mencionar o controle **concomitante**, onde as atividades de controle ocorrem ao mesmo tempo em que o ato controlado. De acordo com Costa, este controle:

(...) é exercido no momento em que se realiza o ato administrativo, quando se busca acompanhar a regularidade da ação empreendida pela Administração Pública, com o escopo de evitar distorções e proceder à correções imediatas, com o propósito de manter a atuação pública em consonância com o desenvolvimento de procedimentos regulares.²¹

Existem diversos exemplos de controle concomitante, sendo suficiente mencionar, para os fins deste trabalho, os termos do art. 71, inciso IV²² da CRFB, onde se outorga competência ao Tribunal de Contas da União para realizar auditorias, inclusive a respeito da execução orçamentária, sendo esta acompanhada *pari passu* pelos Tribunais. Por fim, naquilo que toca à classificação do controle no tempo, menciona-se o controle **posterior**. O controle posterior ocorre, como o nome já diz, após a realização do ato controlado. Neste caso, o controle possui “(...) *o propósito de*

¹⁸ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: Evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 53.

¹⁹ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (...)

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

²⁰ Veja-se, por todos, o Recurso Extraordinário nº 547.063/RJ, julgado em 08.10.2008, pelo Supremo Tribunal Federal.

²¹ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 54.

²² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

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;

rever o ato para confirmá-lo, se legal e regular, corrigi-lo, no caso de eventuais defeitos apurados ou desfaze-lo, por via da revogação ou declaração de nulidade”²³. São exemplos de controle posterior a apreciação das contas dos administradores públicos, nos termos do art. 71, II²⁴ da CRFB, bem como o exame da legalidade dos atos de admissão de pessoal e da concessão de aposentadorias e pensões, previsto no inciso III²⁵ do mesmo dispositivo constitucional.

O controle também pode ser classificado a partir da presença, ou não, da iniciativa própria do órgão controlador, dividindo-se, neste caso, em controle **de ofício** e controle **por provocação**. Quando o controle se dá *ex officio*, o órgão controlador exerce sua atividade de controle e fiscalização por sua própria iniciativa, independentemente de qualquer tipo de provocação, seja do cidadão, seja de outros órgãos. Já no controle por provocação, há, como o nome já diz, a provocação de terceiro, externo ao órgão controlador, sendo certo que esta provocação romperá eventual inércia do órgão de controle quanto ao objeto a ser fiscalizado. É exemplo do primeiro o próprio art. 71, IV da CRFB, já citado, na medida em que as auditorias a cargo dos Tribunais de Contas podem ser realizadas sem provocação, sendo exemplo do segundo a possibilidade de representação prevista no art. 113, §1º²⁶ da Lei nº 8.666/93. Da mesma forma, o controle é classificado consoante a inserção do órgão controlador na estrutura do órgão controlado. Quando o órgão controlador se insere na estrutura do órgão emissor do ato a ser controlado, estamos diante do chamado controle **interno**, sendo este controle “(...) a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades

²³ GUERRA, *op. cit.*, p. 115.

²⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

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;

²⁵ 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;

²⁶ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

de seus órgãos e das atividades descentralizadas que lhe estão vinculadas (...)”²⁷, ao passo que o controle **externo** é aquele que é “(...) levado à efeito por organismo diverso, não pertencente à estrutura do responsável pelo ato controlado (...)”²⁸. Neste ponto, a doutrina afirma existir também o controle **social**, ainda denominado popular, que é justamente o controle executado pelos próprios cidadãos, com a participação destes no acompanhamento e fiscalização das atividades governamentais.

A natureza do órgão que procederá ao controle também pode ser utilizada para separar, em diversas categorias, a atividade fiscalizatória. Neste caso, o controle divide-se em **administrativo, legislativo e judicial**, com alguns autores apontando ainda para o controle de órgãos **autônomos** como uma quarta categoria. Conforme Guerra, o controle administrativo (ou executivo): “(...) é o poder-dever exercido pela própria Administração Pública sobre seus atos e decorre dos princípios da hierarquia e da autotutela, tratando-se de matéria solidamente reconhecida pelo Poder Judiciário, mormente na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (...)”²⁹. Já o controle legislativo vem a ser “(...) o controle exercido pelos mandatários do povo (...)”³⁰, sendo considerado “(...) fundamentalmente de natureza política (...)”³¹. Destarte, o controle aqui é realizado pelas próprias Casas Legislativas, sendo este considerado, nos termos do art. 70, *caput*³² da CRFB controle externo em sentido estrito. Tal controle, é importante que se diga, decorre diretamente da adoção, pelo Direito brasileiro, do princípio da separação dos poderes, sendo elemento representativo dos chamados *checks and balances*, dos freios e contrapesos que limitam e harmonizam as funções em que se dividiu o Poder estatal.

O controle judicial, ou jurisdicional, por seu turno, é aquele que é exercido pelos órgãos do Poder Judiciário, sendo este controle também corolário de princípios constitucionais, como o estabelecimento, entre nós, do Estado de Direito (*ex vi* do art. 1º³³ da CRFB) – já que a Administração se subordina à lei por ela própria estabelecida, sendo necessário órgão dotado de imparcialidade capaz de avaliar se os atos

²⁷ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 50.

²⁸ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 53.

²⁹ GUERRA, *op. cit.*, p. 108.

³⁰ GUERRA, *op. cit.*, p. 109.

³¹ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 46.

³² Art. 70. 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.

³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

administrativos estão ou não conforme a lei posta³⁴ - e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consoante o art. 5º, inciso XXXV³⁵ da CRFB. Tal controle ocorre através do exercício do direito de ação, seja através dos procedimentos estabelecidos nos Códigos de Processo, seja através de instrumentos jurisdicionais especiais, como os chamados “*remédios constitucionais*” (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ações civis públicas, ações populares etc), seja ainda por meio dos instrumentos afetos ao controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público (ações diretas de inconstitucionalidade, de constitucionalidade, de inconstitucionalidade por omissão).

Por fim, cabe mencionar que a doutrina afirma também a existência de órgãos autônomos de controle, ou seja, órgãos que não se encaixam nem na estrutura do Poder Executivo, nem na estrutura do Poder Legislativo, nem na estrutura do Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, dos Tribunais de Contas, os quais, gozando de autonomia administrativa e financeira (conforme arts. 73 e 96 da CRFB), não se inserem nas estruturas administrativas antes mencionadas, representando uma nova visão acerca do princípio da separação de poderes, propugnando, na estrutura estatal, a existência de **órgãos neutrais**, isto é, não políticos (ou, melhor dizendo, apenas não sujeitos à variabilidade de opiniões decorrentes da prevalência do princípio democrático, trabalhando com argumentos e fundamentos eminentemente técnico-jurídicos), na esteira das lições propostas, dentre outros, por Bruce Ackerman³⁶ e Alexandre Santos de Aragão³⁷. Trata-se de tema que será devidamente aprofundado mais adiante. É-nos suficiente, para o ponto em questão, concluirmos pela autonomia e independência dos Tribunais de Contas, enquanto órgãos responsáveis pelo controle externo dos atos da Administração Pública.

³⁴ Segundo Canotilho, a noção de “Estado de Direito” comporta, dentre outros conceitos, os de “supremacia da lei” e de “reserva de lei”, afirmando que o princípio de supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*) “(...) vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição do desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei) (...)” in CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 256.

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁶ Cf. ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**, in *Harvard Law Review*, vol. 113, nº 3, jan. 2000.

³⁷ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais**, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 57, 2003.

Feitas estas breves considerações acerca das formas de controle, é chegado o momento de trazer à baila os sistemas de controle da Administração Pública. Vejamos.

1.2. Sistemas de Controle

A apreciação dos sistemas de controle da atuação da Administração Pública exige, como tema preliminar, que se aborde uma questão simples, mas que muitas vezes passa despercebida: por que controlar? Não seria muito mais simples economizar os recursos gastos com a atividade de controle e permitir que os gestores públicos agissem sem maiores amarras? Trata-se de proposta tentadora, porém, impraticável na realidade. Explica-se.

Do ponto de vista do Direito, a necessidade de um sistema de controle dos atos da Administração Pública decorre da adoção (como visto anteriormente) do Estado de Direito, bem como também pela adoção do chamado princípio Republicano, sendo certo que, no caso brasileiro, ambas as vertentes podem ser encontradas no texto do art. 1º da CRFB. Certamente outros princípios adotados pela CRFB (como, por exemplo, os princípios regentes da Administração Pública, constantes do art. 37³⁸, *caput* da CRFB) apontam no sentido da necessidade de adoção de um sistema de controle; contudo, o estabelecimento de um Estado **Republicano e de Direito**, mais do que apontar, exige que os controles se efetivem.

Destarte, muito pode ser dito acerca do “*Estado de Direito*” (*rule of law* nos Estados Unidos, *Rechtsstaat* na Alemanha) e do plexo de idéias que giram em torno do conceito. Vale citar, apenas à guisa de exemplo, o conteúdo do verbete “*rule of law*” em dicionário jurídico estrangeiro:

Rule of law. 1. A substantive legal principle < under the rule of law known as respondeat superior, the employer is answerable for all wrongs committed by an employee in the course of the employment. **2** The supremacy of regular as opposed to arbitrary power <citizens must respect the rule of law>. **3** The doctrine that every person is subject to the ordinary law within the jurisdiction <all person within the United States are within the American rule of law>. **4.** The doctrine that general constitutional principles are the result of judicial decisions determining the rights of private individuals in the courts <under the rule of law, the Supreme Court caselaw makes up the bulk of what we call “constitutional law”>. **5.** Loosely, a legal ruling; a

³⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

ruling on a point of law <the ratio decidendi of a case is any rule of law reached by the judge as a necessary step in the decision (...)³⁹

Para os fins deste trabalho, podemos dispensar as definições do dicionário, bastando lembrar que o Estado de Direito impõe ao Estado (*rectius*: às entidades que compõem a estrutura institucional da Administração Pública, em todos os seus graus e dimensões) obediência aos termos da legislação pelo próprio Estado produzida. De acordo com Barroso:

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares (...).⁴⁰

Se os órgãos estatais, como um todo, devem obedecer aos termos das leis produzidas por eles próprios, segue-se desta afirmação a necessidade de existir um (ou mais de um) órgão que detenha, entre suas atribuições, a de fiscalizar os demais, corrigindo suas condutas se, e quando, estas divergirem dos termos postos na legislação, seja a constitucional, seja a infraconstitucional, sejam princípios, sejam regras⁴¹. Vale citar a lição de Lincoln Magalhães da Rocha:

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o expõe à anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário em ação adequada.⁴²

Do próprio dever de obediência à lei decorre a necessidade de existir alguém que possa exigir tal obediência. Do contrário, tal dever restaria absolutamente esvaziado de conteúdo, uma vez que seu descumprimento não daria azo a consequências de qualquer tipo. Em outros termos: a própria noção de “*Estado de Direito*” exige a existência de instituições capazes de sancionar, de forma punitiva (ou, quando for o caso, de forma

³⁹ GARNER, Bryan A. (ed.). **Black’s Law Dictionary**, 8ª ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004, p. 1.359.

⁴⁰ BARROSO Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁴¹ Acerca da distinção entre princípios e regras, veja-se, por todos, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴² ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A Função Controle na Administração Pública Orçamentária – Controle Interno e Externo**, in O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 192.

premio) condutas e ações que diverjam das normas legais, realizando a atividade que os norte-americanos denominam “*enforcement*” e que é essencial para qualquer sistema:

(...) Todo sistema caracteriza-se por conter mecanismos de *enforcement*, dedicados a incentivar, promover ou forçar a aderência de seus integrantes à lei ou aos estatutos, prevendo correspondentes mecanismos de sanção ou punição. No universo das organizações privadas, o conceito costuma ser empregado nas discussões sobre governança corporativa. Agências e órgãos públicos, por sua vez, além de adotarem procedimentos com vistas ao enquadramento de seus servidores, também atuam para garantir que os cidadãos cumpram as regras e normas legais que vigoram na sociedade. O sistema judicial, as cortes e os tribunais, o sistema prisional, a polícia e o sistema de segurança são as agências públicas mais evidentes encarregadas de vigiar, dissuadir e prevenir a atividade criminosa ou ilícita, bem como de prender, julgar e punir seus praticantes. Mas a ação pública, de modo geral, vale-se de inúmeros recursos de *enforcement* para limitar, orientar, desencorajar e incentivar ampla variedade de condutas sociais, com o que busca alcançar condições mais adequadas para a efetivação de certas políticas públicas (...)⁴³

Além disto, urge salientar que a adoção da forma **republicana** de Estado aponta também para a necessidade de um sistema de controle da ação administrativa, desta feita pela vertente do **dever de prestar contas**, ou, mais exatamente, do conceito que melhor se expressa pelo termo “*accountability*”. De plano, compete salientar que a divisão que se faz aqui entre “*Estado de Direito*” e “*República*” é meramente didática, pois, na verdade, os termos (e seus significados) se encontram imbricados no pensamento juspolítico moderno. Colhe-se de Cavalcanti Maia e Menezes que:

Quando falamos em republicanismo pensamos, imediatamente, em república, isto é, uma forma de governo que se opõe à monarquia. A primeira impressão é essa. O Brasil é uma república federativa. A república caracteriza-se pelo exercício do poder por representantes eleitos para cargos com mandatos periódicos. Há a vinculação a certas instituições, Legislativo, Executivo e Judiciário, alicerçadas na idéia de divisão de poderes, **e a exigência de prestação de contas por aqueles que exercem os cargos públicos**. Outro elemento crucial é a idéia do governo das leis, vale dizer, o Estado Democrático de Direito, parametrizado por uma Constituição e norteado pela idéia de que governantes e governados estão submetidos a um mesmo regime jurídico.⁴⁴

Como se pode ver acima, a noção de república traz ínsito o dever de prestar contas. Não se desconhece que o chamado princípio republicano comporta, por certo, outras vertentes, como a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. Não obstante – e para os fins do presente estudo – cabe destacar a imensa importância de que se reveste, em uma república, o dever de prestar contas. A lição é de Ayres Britto:

Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República,

⁴³ DI GIOVANNI, Geraldo e NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Dicionário de Políticas Públicas**, verbete *Enforcement*, disponível em <http://dicionario.fundap.sp.gov.br/Verbetes/92>, acesso em 10.09.2014.

⁴⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti e MENEZES, Tarcísio. **Republicanism Contemporâneo, Constituição e Política**, in SARMENTO, Daniel (coord.) *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29. O grifo é nosso.

impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a “res publica” e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e dos preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional.⁴⁵

Tal dever hoje é mais bem representado pelo termo “*accountability*”, oriundo dos países anglo-saxões. Ricardo Lobo Torres, ao definir o alcance do termo, menciona a lição da ex-ministra das Finanças da Nova Zelândia. De acordo com Torres:

Ruth Richardson, ex-Ministra das Finanças da Nova Zelândia, (de 1990-1993), oferece a seguinte explicação de *accountability*: “o conceito de *accountability* precisa ser tão fundamental para o setor público quanto o é para o setor privado. Para ter sentido, a *accountability* precisa envolver níveis específicos de desempenho, liberdade administrativa para buscar os resultados e sanções por falhas. Portanto, uma relação efetiva de *accountability* exige: especificação antecipada dos níveis de desempenho; autoridade para determinar como os recursos serão empregados para produzir os resultados desejados; um processo de avaliação para saber se os resultados foram obtidos”. O princípio da responsabilidade, portanto, está presente nos vários momentos da vida orçamentária do País, desde a elaboração da lei de meios até a gestão dos recursos orçamentários e o controle de contas.⁴⁶

Torres menciona ainda a lição de Diogo de Figueiredo, que trata a *accountability* como conceito vinculado à idéia de responsividade. Aduz Torres que:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto prefere falar em princípio da responsividade. Esclarece que no Estado de Direito impera o princípio da responsabilidade, que vem a ser o dever de observância da legalidade pelo administrador público, respondendo política, administrativa, penal e civilmente pelos seus atos. No Estado Democrático de Direito se inova o princípio da responsividade, em razão do qual o administrador público também fica obrigado a prestar contas à sociedade pela legitimidade de seus atos. Define, afinal, o exímio publicista: “A responsividade consiste, portanto, em apertada síntese, na obrigação de o administrador público responder pela violação da legitimidade, ou seja, pela postergação ou deformação administrativa da vontade geral, que foi regularmente expressa, explícita ou implicitamente, na ordem jurídica”.⁴⁷

Com efeito, a “*accountability*” ganha contornos mais nítidos a partir da lição de Marianna Montebello Willeman:

(...) Apesar de inexistir consenso teórico a respeito do seu conceito, para os fins propostos neste trabalho aborda-se a *accountability* no setor público como a capacidade legal ou política de se assegurar que os agentes públicos, eleitos ou não, sejam responsáveis e responsivos em sua atuação, sujeitando-se a exigências de justificação e informação aos destinatários acerca de suas posturas e das decisões que adotam e, igualmente, submetendo-se a julgamentos em decorrência de sua boa performance ou

⁴⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**, in O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 73-74.

⁴⁶ TORRES, Ricardo Lobo, in *op. cit.*, p. 198-199.

⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo, *op. cit.*, p. 200.

em virtude de desvios ou más condutas, culminando com a aplicação de sanções (que podem ser resultados eleitorais adversos ou sanções legalmente previstas) (...) ⁴⁸

Destarte, a forma republicana de Estado impõe ao gestor público o dever de prestar contas, aos efetivos titulares da *res publicae* (o povo), de tudo que tenha realizado enquanto administrava o patrimônio público, não apenas no que concerne ao aspecto formal (correlação entre receitas e despesas), mas principalmente no aspecto material: **o que foi feito, como foi feito, onde foi feito e por que foi feito**, permitindo, com isso, a apreciação da “(...) *responsabilidade política, econômica e social das ações e decisões do administrador público, possibilitando a aplicação de punições no caso de eventual má conduta*”⁴⁹. A questão da prestação de contas – e da responsabilidade daí decorrente – é o elemento distintivo do conceito, e que, na lição de Pinho e Sacramento, o aproxima da noção de *enforcement* e, conseqüentemente, do Estado de Direito:

(...) Verifica-se que o caráter da obrigatoriedade em prestar contas dos atos praticados e da aplicação de penalidades pelos deslizes eventualmente constatados é muito caro ao termo sob estudo. Leciona, por exemplo, Przeworski (1998:61) que os governos são *accountable* se os cidadãos têm como saber se aqueles estão ou não estão atuando na defesa dos interesses públicos e podem lhes aplicar as sanções apropriadas, de tal modo que os políticos que atuarem a favor dos interesses dos cidadãos sejam reeleitos e os que não o tenham feito percam as eleições. Destaque-se também que na concepção da *accountability* construída por Schedler (1999) três questões são identificadas como necessárias para sua eficácia: informação, justificação e punição. Nessa concepção, as duas primeiras questões - informação e justificação - remetem-nos ao que o autor denomina de *answerability*, isto é, a obrigação dos detentores de mandatos públicos informarem, explicarem e responderem pelos seus atos. A última - punição - diz respeito à capacidade de *enforcement*, ou seja, a capacidade das agências de impor sanções e perda de poder para aqueles que violarem os deveres públicos. Constata-se, mais uma vez, que a *accountability* implica em mais do que geração de dados e interação de argumentos, visto que inclui, também, a possibilidade de punir comportamento inadequado. Ainda de acordo com esse autor, exercícios de *accountability* que expõem delitos sem a imposição de penalidades aparecerão como fracas e diminuídas formas de *accountability*.⁵⁰

Como se percebe, a *accountability* (responsabilidade + responsividade) depende também de *enforcement* (existência de mecanismos de incentivo + existência de sanção punitiva), tal como Estado de Direito e princípio republicano estão intimamente imbricados. A *accountability* abarca o dever de prestar contas; contudo, desincumbir-se do dever de prestar contas não esgota o conceito de *accountability*, na medida em que

⁴⁸ WILLEMANN, Marianna Montebello. **Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil**, in RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 263, mai/ago. 2013. Rio de Janeiro: FGV, p. 232, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10649/9643>, acesso em 10.09.2014.

⁴⁹ FURTADO, J.R. Caldas. **Direito Financeiro**, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 605.

⁵⁰ GOMES DE PINHO, José Antônio e SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?** in Revista de Administração Pública, vol. 43, nº 6, nov/dez. 2009, Rio de Janeiro. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600006, acesso em 10.09.2014.

este abrange também o *enforcement*, o sancionamento, por instituições e sistemas especificamente criados com esta finalidade, das condutas que violem os deveres públicos, no âmbito do que se convencionou denominar *accountability horizontal*, em contraposição à *accountability vertical*, vinculada às relações entre eleitores e eleitos.

De acordo com Marianna Montebello Willeman:

(...) Não há dúvida de que as eleições exercem efetivamente função central na *accountability* vertical e que constituem um componente básico da democracia contemporânea. Porém, como amplamente reconhecido, a responsividade puramente eleitoral apresenta debilidade e insuficiências, o que torna necessário o desenvolvimento de mecanismos paralelos ou complementares. Assim, bem ao seu lado, situa-se a *accountability* horizontal, que, conforme a elaboração de O'Donnell, refere-se à capacidade e à disposição de agências estatais legalmente autorizadas para controlar e sancionar ações ou omissões de agentes públicos ou de outras instituições estatais consideradas ilícitas.⁵¹

Os sistemas de controle, portanto, são imprescindíveis a qualquer Estado que se diga de Direito e, mais do que isso, essenciais à idéia de república, complementando os mecanismos democráticos eleitorais, principalmente se considerarmos, na esteira das lições de Schumpeter, que a democracia representativa (isto é, o método de decisão eleitoral via prevalência da regra da maioria), nas sociedades modernas, é muito mais um método de seleção de pessoas, do que um método de seleção de cursos de ação⁵². De acordo com Sartori “(...) *o que um eleitorado decide não é o que um comitê decide; na verdade, a decisão eleitoral tem pouco em comum com a decisão deliberativa. Em particular, as decisões eleitorais são, enquanto decisões, muito vagas; decidem apenas, ou em geral, ‘quem vai decidir’ (...)*”⁵³.

Ora, se a democracia representativa – na sua vertente eleitoral – somente dá conta do controle quanto às pessoas que serão eleitas (ou não), tornando concreta a *accountability* vertical, mas configurando, na essência, um controle indireto e diferido no tempo, resta inequívoca a necessidade de existir uma instituição que possa realizar um controle que, além das pessoas, incida também, direta e imediatamente sobre os atos por estas praticados, tornando concreta a *accountability* horizontal, inclusive, mas não se restringindo a, redução dos custos de informação necessários ao exercício da cidadania⁵⁴.

⁵¹ WILLEMAN, Marianna Montebello, *op. cit.*, p. 233.

⁵² Cf. SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, ed. eletrônica.

⁵³ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada, Vol. 1 – O debate contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ática, 1994, p. 192.

⁵⁴ Cf. DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 227 e segs.

Por certo que os sistemas de controle são tão variados quanto às formas de concretização, mundo afora, dos princípios democrático e republicano, bem como do plexo de idéias que cada nação tem acerca do Estado de Direito. Não obstante, dos variados sistemas de controle adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos, é possível pinçar algumas características básicas que permitem o agrupamento destes sistemas em dois conjuntos específicos.

O primeiro destes sistemas é utilizado principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, e por isso mesmo pode ser denominado modelo anglo-saxão, o qual utiliza controladorias ou auditorias-gerais. Este modelo, de acordo com Dias Costa, possui, como características básicas:

(...) o regime de mandato; o controle de caráter opinativo e consultivo, destituído de poderes jurisdicionais coercitivos; vinculação a algum dos poderes que possam gerar a força coercitiva; predominância da decisão monocrática; uso prioritário de técnicas e procedimentos de auditoria próximos aos de empresas privadas do ramo (...)⁵⁵

Este é, por exemplo, o sistema adotado nos Estados Unidos da América (onde, em 1921, através do *Budget and Accounting Act* estabeleceu-se o *General Accounting Office*, redenominado em 2004 *Government Accountability Office*)⁵⁶, no Canadá (onde teria sido criado ainda em 1878)⁵⁷, e no Reino Unido (onde o *Comptroller and Auditor General* é o chefe do *National Audit Office*)⁵⁸, dentre outros.

Já o segundo destes sistemas é utilizado, com mais vigor, nos países de tradição romano-germânica, sendo denominado sistema de Tribunais de Contas. Este sistema possui, como principais características:

(...) o processo decisório resolvido por colegiado; vitaliciedade de ministros e conselheiros, poderes jurisdicionais (na instância administrativa); poder coercitivo; grande grau de autonomia ante os Poderes; controles administrativos judicialiformes; procedimentos de fiscalização formais, burocráticos e eminentemente legalistas. (...)⁵⁹

O sistema de tribunais de contas é seguido, com maior ou menor vinculação às características acima descrita, por diversos países, como é o caso da França (onde está estabelecida, desde 1807, a *Cour de Comptes*, como sucessora direta da Corte de Contas de Paris do *Ancien Regime*)⁶⁰, Espanha (onde se estabeleceu o *Tribunal de Cuentas*, com suas origens ainda no século XVI, criado por Filipe II)⁶¹, Bélgica (onde o *Rekenhof*

⁵⁵ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁶ Cf. <<http://www.gao.gov/about/index.html>>, acesso em 13.09.2014.

⁵⁷ Cf. <http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_370.html>, acesso em 13.09.2014.

⁵⁸ Cf. <<http://www.nao.org.uk/about-us/>>, acesso em 14.09.2014.

⁵⁹ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 42-43.

⁶⁰ Cf. <<https://www.ccomptes.fr/Nos-activites/Cour-des-comptes/Histoire-et-patrimoine>>, acesso em 14.09.2014.

⁶¹ Cf. <<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/historia/>>, acesso em 14.09.2014.

foi estabelecida no ano de 1830)⁶², Holanda, (onde o *Algemene Rekenkamer* foi estabelecido com a finalidade de auditar a eficiência e a legitimidade do gasto público)⁶³, Grécia (com a sua Câmara de Contas)⁶⁴, Alemanha (onde o *Bundesrechnungshof* foi criado pelo art. 114 parágrafo 2º da Lei Fundamental)⁶⁵ e Portugal (onde o Tribunal de Contas traça sua origem desde a “*Casa dos Contos*” de D. João I, em 1389)⁶⁶, dentre outros países, e até mesmo no âmbito da União Européia, sendo certo que o Tribunal de Contas Europeu foi estabelecido no ano de 1975, em Luxemburgo, com a missão de auditar as contas de toda a União Européia⁶⁷.

Não obstante a diversidade de modelos, bem como as peculiaridades de cada órgão de auditoria, seja no modelo anglo-saxão, seja no modelo romano-germânico, todas estas instituições zelam pela preservação da *accountability* horizontal em seus respectivos países. Importante destacar, antes de passar para o exame do sistema brasileiro, que não há um sistema melhor que o outro, na medida em que tais sistemas são, antes de tudo, o resultado do desenvolvimento histórico e cultural de cada nação. Destarte, o controle das contas dos administradores públicos, bem como o exame da gestão destes, é elemento que evoluiu conforme evoluiu o sistema jurídico de cada um destes países. Acerca do tema, vale citar a lição de Valmir Campelo:

Há hoje grande discussão a respeito de qual seria o modelo de controle da administração pública mais efetivo, se o de Corte de Contas ou o de Controladoria.

Essa discussão tem se travado exclusivamente no campo conceitual, em que os adeptos de uma corrente apontam vantagens do modelo que consideram mais adequado e desvantagens do outro.

Entretanto, há um equívoco nesse enfoque. A adoção de um modelo de controle não é uma questão meramente conceitual ou técnica. Na realidade, é uma questão sociológica e política.

Um sistema de controle é fruto de uma determinada evolução histórica, política e social, e reflete as peculiaridades do ordenamento jurídico e institucional. O simples transplante de um modelo que funciona em uma sociedade não garante seu sucesso em outra.

Nos países anglo-saxões que optaram por Controladorias, o sistema funciona adequadamente, pois aquelas nações desfrutam de razoável amadurecimento das instituições e das práticas políticas. Além disso, nelas há grande participação popular no controle das ações cotidianas do poder público, o que permite aos órgãos de controle externo atribuírem maior prioridade à avaliação de desempenho.

⁶² Cf. < <https://www.ccrek.be/EN/Presentation/HistoricalSurvey.html>>, acesso em 14.09.2014.

⁶³ Cf. < <http://www.courtsofaudit.nl/english/Organisation>>, acesso em 14.09.2014.

⁶⁴ Cf. < http://www.elsyn.gr/elsyn/root_eng.jsp>, acesso em 14.09.2014.

⁶⁵ Cf. < <https://www.bundesrechnungshof.de/de/bundesrechnungshof/rechtsgrundlagen>>, acesso em 14.09.2014.

⁶⁶ Cf. <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia.shtm>>, acesso em 14.09.2014.

⁶⁷ Cf. <<http://www.eca.europa.eu/pt/Pages/Welcome.aspx>>, acesso em 14.09.2014.

Em outros países, entretanto, é nítido que a preocupação com o combate à corrupção deve preceder a preocupação com o desempenho operacional, o que, em tese, torna muito mais adequada a essa realidade a implantação de uma Corte de Contas típica, com seus poderes judicante e sancionador (...)

Tais distinções sugerem que a discussão não deve se dar sobre vantagens e desvantagens de cada modelo, mas sim sobre quais são as características fundamentais que o sistema de controle deve ter para ser efetivo em uma determinada conjuntura social, jurídica e política. (...)⁶⁸

Explicitados, pois, os dois sistemas prevalentes no mundo acerca do controle externo dos atos da Administração, bem como a sua importância para a *accountability* e legitimidade governamental, impõe-se agora abordar o sistema adotado pelo Brasil, com suas especificidades. É o tema de nosso próximo capítulo.

1.3. Sistema Brasileiro de Controle

Como já amplamente explicitado neste trabalho, o Brasil adotou, como sistema de controle dos atos da Administração Pública, o sistema romano-germânico de controle, com o estabelecimento de Tribunais de Contas. Contudo – e diferentemente dos demais países adotantes deste sistema – por força do sistema federativo de Estado, nosso sistema de controle externo da Administração Pública não conta com um único Tribunal de Contas (como é o caso de França e Espanha), mas sim com vários Tribunais de Contas: um para o controle externo da União Federal; um para cada Estado Federado, em alguns casos, um também para o controle dos municípios existentes dentro de um Estado Federado, e, em dois casos excepcionais, um Tribunal de Contas para o controle externo de um único município⁶⁹.

O art. 70⁷⁰ da CRFB, ao estabelecer os parâmetros que serão utilizados para o controle externo, fixa também que o controle externo é atividade titularizada pelo Poder

⁶⁸ CAMPELO, Valmir. **O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, in O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 236-237.

⁶⁹ Tribunais de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCMRJ) e de São Paulo (TCMSP). O TCMRJ encontra fundamento no art. 124, §3º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no art. 88 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro e na Lei Municipal nº 289, de 25 de novembro de 1981 – Lei Orgânica do TCMRJ. O TCMSP encontra fundamento no art. 151 da Constituição do Estado de São Paulo, no art. 48 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e na Lei Municipal nº 9.167, de 03 de dezembro de 1980 – Lei Orgânica do TCMSP.

⁷⁰ Art. 70. 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.

Legislativo, sendo certo, porém, que o art. 71⁷¹ afirma que o controle externo será realizado com o auxílio do Tribunal de Contas. Muito se controverteu acerca do efetivo alcance semântico do termo “*auxílio*” utilizado pela CRFB, até que, em virtude mesmo de suas competências e atribuições, reconheceu-se que este “*auxílio*” não significa subalternidade, mas, ao contrário, autonomia. A lição é de Dias Costa:

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle externo é função do Poder Legislativo com o auxílio indispensável e imprescindível do Tribunal de Contas, ficando expressamente assentada tal situação no *caput* dos arts. 70 e 71, da Constituição da República.

Importante frisar que esse auxílio não tem o caráter de impor relações de subordinação entre a Corte de Contas e o Legislativo, mas sim é necessário ao efetivo controle a ser desempenhado sobre a Administração Pública.

Cabe fixar, portanto, que este auxílio não é de subalternidade, mas de necessidade. Não há como exercer o controle externo sem a indispensável participação das Cortes de Contas, que são órgãos tecnicamente preparados para essa atividade estatal.⁷²

O mesmo posicionamento é adotado por Evandro Martins Guerra, afirmando este que:

A melhor inteligência é no sentido de que o exercício do controle a cargo do Poder Legislativo, nas competências previstas no art. 71, não poderá prescindir do Tribunal de Contas. Não obstante, vale lembrar, das onze atribuições exclusivas listadas, há oito competências que de fato não possuem caráter de auxílio, posto que são iniciadas e finalizadas no âmbito da própria Corte de Contas, não possuindo, portanto, nenhum caráter de cooperação.

O Tribunal de Contas não possui natureza de órgão auxiliar pelo fato de possuir atribuições de cooperação com o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, pois auxiliar é aquele que apenas auxilia, ajuda, subsidia, acode, socorre. Trata-se de adjetivo dito à pessoa associada a outra, para ajuda-la em suas funções, possuindo, portanto, papel secundário, de menor relevância, naquela atividade.

Trata-se de uma falácia, uma contumélia irremissível, um sofisma repetido por aqueles que desconhecem o papel institucional das Cortes de Contas. Definitivamente, o termo auxílio, como prescrito no dispositivo constitucional, deve ser interpretado no sentido de fortalecimento do pretório, i.e., o exercício do controle é realizado por meio da execução de competências próprias, exclusivas, isto é, não se admite a implementação do controle sem a sua devida participação.

A maioria das competências reservadas pelo constituinte às Cortes de Contas não possui caráter de auxílio, de subsídio, visto que os procedimentos são iniciados e finalizados no âmbito da própria Casa. Não se confunde a função com a natureza do órgão, isto é, possuir também a função de auxílio ao Parlamento, em algumas de suas importantes competências, não retira a natureza de independência do Tribunal de Contas.⁷³

A utilização, pois, do termo auxílio não significa, de modo algum que os Tribunais de Contas estejam subordinados aos respectivos Poderes Legislativos

⁷¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

⁷² COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 68.

⁷³ GUERRA, *op. cit.*, p. 148-149.

(Federal, Estaduais e, em dois casos, Municipais). Ao contrário, o auxílio aponta para a necessidade, isto é, o controle externo – cuja titularidade pertence, em linha de princípio, ao Poder Legislativo – não pode ser realizado sem a participação das Cortes de Contas. E isto se verifica quando, apoiados na lição de Ayres Britto, se faz a distinção entre função e competência. Confira-se:

4.1 Por este modo de ver as coisas, avulta a indispensabilidade ou a rigorosa essencialidade do papel institucional das Cortes de Contas. De uma parte, não é o Tribunal de Contas da União um aparelho que se acantone na intimidade estrutural do Congresso Nacional. De outra banda, não opera essa mesma Corte de Contas como órgão **meramente** auxiliar do Congresso Nacional. Sua atuação jurídica se dá *a latere* do Congresso, junto dele, **mas não do lado de dentro**.

4.2 Em rigor de exame teórico ou apreciação dogmática, Poder Legislativo e Tribunal de Contas são instituições que estão *no mesmo barco*, em tema de controle externo, mas sob garantia de independência e imposição de harmonia recíproca. Independência, pelo desfrute de competências constitucionais que não se confundem (o que é de um não é do outro, pois dizer o contrário seria tornar inócua a própria explicitação enumerativa que faz a Constituição para cada qual dos dois órgãos públicos). Harmonia, pelo fim comum de atuação no campo do controle externo, que é um tipo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial de controle sobre todas as pessoas estatais-federadas e respectivos agentes, ou sobre quem lhes faça as vezes.

4.3 Tudo fica mais claro quando se faz a distinção inicial entre competências e função. A função de que nos ocupamos é a mesma, pois outra não é senão **o controle externo**. As competências, no entanto, descoincidem. As do Congresso Nacional estão arroladas nos incisos IX e X do art. 49 da Constituição, enquanto as do TCU são as que *desfilam pela comprida passarela* do art. 71 da mesma Carta Magna. Valendo anotar que parte dessas competências a Corte Federal de Contas desempenha como forma de auxílio ao Congresso Nacional, enquanto a outra parte sequer é exercida sob esse regime de obrigatoria atuação conjugada.⁷⁴

É importante destacar que este tema já foi abordado nos Tribunais pátrios, sendo certo que junto ao Supremo Tribunal Federal prevalece a tese da autonomia administrativa e financeira dos Tribunais de Contas, os quais contam com as mesmas garantias outorgadas aos Tribunais judiciais. Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Lei estadual (TO) nº 2.351, de 11 de maio de 2010. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Violação às prerrogativas da autonomia e do autogoverno dos Tribunais de Contas. 1. Inconstitucionalidade formal da Lei estadual, de origem parlamentar, que altera e revoga diversos dispositivos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. A Lei estadual nº 2.351/2010 dispôs sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual. **2. Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos artigos 73, 75 e 96, II, “d”, da Constituição Federal** (cf. ADI 1.994/ES, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 8/9/06; ADI nº 789/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/94). 3.

⁷⁴ BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 65-66.

Deferido o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia da Lei nº 2.351, de 11 de maio de 2010, do Estado do Tocantins, com efeitos ex tunc. (ADI 4421 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2011 PUBLIC 23-02-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-111 DIVULG 09-06-2011 PUBLIC 10-06-2011)⁷⁵

O julgado acima citado toca outro ponto interessante: como corolário da sua capacidade de autogoverno, somente os próprios Tribunais de Contas podem deflagrar processos legislativos visando a modificação de sua estrutura. Em outros termos, reserva-se aos Tribunais de Contas a iniciativa legislativa voltada para a modificação de sua organicidade e/ou funcionamento, sendo necessário que sigam, em linhas gerais, o modelo de realização do controle externo estabelecido pela CRFB para a União Federal.

A lição, aqui, é do Ministro Eros Grau:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 6º DO ARTIGO 74 E ARTIGO 279 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 17/99. ARTIGOS 25, §§, 26, 27, CAPUT E PARAGRÁFO ÚNICO, 28, §§, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 32/93, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LC N. 142/99. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CRIAÇÃO DO CARGO DE SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO. DISCREPÂNCIA DO MODELO DELINEADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 73, 75, PARAGRÁFO ÚNICO, 96, INCISO II, ALÍNEA "B", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Estrutura dos Tribunais de Contas Estaduais. Observância necessária do modelo federal. Precedentes. 2. Não é possível ao Estado-membro extinguir o cargo de Auditor na Corte de Contas estadual, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/88. **3. Vício formal de iniciativa no processo legislativo que deu origem à LC 142/99. A CB/88 estabelecendo que compete ao próprio Tribunal de Contas propor a criação ou extinção dos cargos de seu quadro, o processo legislativo não pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar [artigos 73 e 96, inciso II, alínea b].** 4. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o § 6º do artigo 74 e o artigo 279, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhes foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 17/99, e toda a Lei Complementar n. 142/99, que promoveu alterações na Lei Complementar n. 32/93, do mesmo Estado-membro. (ADI 1994, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2006, DJ 08-09-2006 PP-00033 EMENT VOL-02246-01 PP-00080 RTJ VOL-00200-03 PP-01076 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 39-46)⁷⁶

Trata-se, pois, de órgãos autônomos, de extração constitucional, cuja missão é o exercício do controle externo, através do desempenho das competências constantes do rol dos incisos I a XI do art. 71 da CRFB. Em determinados casos, como, por exemplo, os casos dos incisos I (contas do Chefe do Poder Executivo), IV (realização de auditorias, por iniciativa própria ou por provocação do Poder Legislativo), VII (prestação de informações ao Poder Legislativo), X (sustação da execução de ato

⁷⁵Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>, acesso em 14.09.2014.

⁷⁶ Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>, acesso em 14.09.2014.

administrativo impugnado), XI (representação à Poder), e §1º (sustação da execução de contrato impugnado) a função de “*auxílio*” pode ser percebida com maior vigor, posto que o desenrolar destas competências pode ocorrer por provocação do Poder Legislativo ou, ainda, o desfecho da atuação do Tribunal de Contas se dará no âmbito do Poder Legislativo.

Nos demais casos, porém, avulta a atuação autônoma dos Tribunais de Contas, na medida em que o exercício da competência será deflagrado pela própria Corte de Contas e, mais do que isso, o seu esgotamento também ocorrerá na internalidade da Corte. São os casos dos incisos II (julgamento das contas prestadas pelos administradores), III (apreciação de atos de admissão e aposentadoria para fins de registro), V (fiscalização das contas de empresas supracionais); VI (fiscalização de recursos repassados pela União Federal), VIII (aplicação de sanções previstas em lei aos responsáveis por despesa ilegal ou conta irregular) e IX (concessão de prazo à órgão/entidade para correção de ilegalidade). Em todas estas hipóteses, a atuação da Corte de Contas independe de qualquer provocação ou atuação (prévia, concomitante ou posterior) do Poder Legislativo e, da mesma forma, o esgotamento do exercício da competência afeta ao Tribunal de Contas ocorrerá dentro deste. Não por outra razão Ayres Britto afirma que “(...) *os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas e não processos parlamentares, nem judiciais nem administrativos (...)*”⁷⁷.

Em outros termos: há uma finalidade própria aos processos de contas (e ao próprio controle externo), incapaz de ser atendida por outros meios de atuação estatal, como a atuação judicial e/ou parlamentar. Tal constatação nos leva à concluir pela imprescindibilidade das Cortes de Contas, já que, inexistente o sistema brasileiro de controle externo, os demais órgãos existentes não seriam capazes de atender às finalidades públicas que se associam à atividade de controle externo da Administração Pública. Não obstante esta finalidade própria e particular dos processos de contas, a eles também se aplicam os princípios gerais de processo e procedimento estabelecidos na CRFB, mormente no que toca às garantias processuais, como as do contraditório e da ampla defesa. Veja-se, à guisa de argumentação, acórdão proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE

⁷⁷ BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 73.

CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA SE PASSADOS MAIS DE CINCO ANOS DAQUELE ATO. TERMO INICIAL. DATA EM QUE O PROCESSO ADMINISTRATIVO É RECEBIDO NA CORTE DE CONTAS. CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL PARA FINS DE APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. AGRAVO IMPROVIDO. I - Caso o Tribunal de Contas da União aprecie a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão após mais de cinco anos, reformando-o, há a necessidade de assegurar aos interessados o exercício do contraditório e da ampla defesa. Precedente. II - O termo inicial do prazo para apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão conta-se a partir da data em que o processo administrativo é recebido na Corte de Contas. III – No caso dos autos, embora o julgamento pela ilegalidade da aposentadoria tenha sido proferido em 26 de janeiro de 2010, e a aposentação, publicada no DOU em 15/7/1996, apenas em 18 de julho de 2008 o ato de concessão foi encaminhado ao TCU pelo órgão de origem da servidora. Além disso, segundo informações da própria impetrante, o TCU a intimou, em 22/9/2008, para apresentação de sua defesa, observadas, portanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Assim, não há falar em qualquer irregularidade na negativa de registro da aposentadoria, seja porque não transcorreram mais de cinco anos da data do recebimento do processo, seja porque foi dada a oportunidade de defesa para a impetrante. IV – Esta Corte possui jurisprudência pacificada no sentido de que a contagem recíproca do tempo de serviço rural pressupõe o recolhimento das contribuições, o que não ocorreu na espécie. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 28668 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2014 PUBLIC 11-06-2014)⁷⁸

Portanto, como o controle externo da Administração Pública – e por consequência lógica, o sistema brasileiro de controle externo – tem por objetivo atender determinadas finalidades públicas, correlatas ao seu objeto, impõe-se o entendimento de que os órgãos que exercem as competências atinentes ao controle externo – os Tribunais de Contas, por excelência – terminam por atender não só à própria Administração Pública, ou, *in casu*, ao Poder Legislativo (como o vocábulo “*auxílio*” poderia, erroneamente, indicar). Ao revés, o sistema brasileiro de controle externo visa atender, fundamentalmente, à própria sociedade brasileira. É justamente a conclusão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual, ao tratar da evolução histórica das Cortes de Contas, aduziu o seguinte:

Analiticamente, essa evolução se processou de três formas: na ampliação do objeto da fiscalização, na multiplicação dos sujeitos fiscalizados e na diversidade da finalidade do controle por eles exercidas.

Assim, quanto ao objeto da fiscalização, se, de um lado, é certo que os órgãos de contas deveram sua origem à necessidade de fiscalização contábil, a ele se acrescentaram a gestão financeira pública, a instituição do orçamento e do orçamento-programa e a gestão patrimonial pública, com as necessidades de fiscalização financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

⁷⁸ Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>, acesso em 14.09.2014.

Por outro lado, quanto aos sujeitos à fiscalização, a evolução partiu do Rei, alcançou a administração direta, estendeu-se à gestão dos demais Poderes do Estado, à das entidades da administração indireta e, mais recentemente, à dos órgãos constitucionalmente autônomos.

Por derradeiro, quanto à finalidade da fiscalização, se é certo que esses órgãos deveram sua origem à necessidade de controlar a regularidade das contas, com funções predominantemente contábeis, é inegável que, em vez de aí ficarem e se tornarem obsoletos e decorativos, que mais não fosse em razão do aperfeiçoamento dos métodos registrários, com o Estado de Direito expandiram sua atuação para atender a outras necessidades, tal como controlar as contas dos administradores, a legalidade dos dispêndios e, no Estado Democrático de Direito, a controlar a legitimidade e a economicidade da gestão financeira, o que inclui a aplicação das subvenções e a renúncia de receita.

Em suma: nessa evolução histórica, os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância, deixando de ser apenas órgãos do Estado para serem também órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas indiretamente, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal do controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI.⁷⁹

Trata-se, pois, de sistema de aferição da gestão pública autônomo, independente, cujas atividades e resultados aproveitam, essencialmente, à própria sociedade nacional, destinatária última do controle externo e da gestão pública. Resta agora, portanto, abordar os parâmetros que são utilizados nas atividades de controle. Vejamos.

1.4. Os três Vetores do Controle Externo

Como já apontado, a CRFB, em seu art.70, ao estabelecer o arcabouço do sistema brasileiro de controle externo, elegeu três princípios básicos, que guiam o exame dos atos praticados pelos gestores públicos, bem como a análise de suas prestações de contas. Tais princípios, ou parâmetros, servem como paradigmas no exame da gestão pública, de molde a comparar-se uma determinada situação de fato com o estado de coisas a ser promovido por aquele princípio. Destarte, Humberto Ávila, ao conceituar princípio, o faz da seguinte forma: *“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação*

⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas**, in O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 128-130.

da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”⁸⁰.

O citado autor, prosseguindo em sua lição, destaca o caráter eminentemente finalístico dos princípios:

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Elas estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weiberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida como referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a persecução de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.⁸¹

Pode-se afirmar, com isso, que o controle realizado com fundamento em princípios também será finalístico, pois terá por objetivo verificar até que ponto o estado de coisas determinado pelo princípio que serve de paradigma foi concretizado na realidade, o que corresponde a uma, das várias, características dos princípios e que os distinguem das regras. A lição é de Canotilho:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contém apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contém ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância,

⁸⁰ ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 78-79.

⁸¹ ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 79.

ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).⁸²

A eleição de princípios para informar o controle externo não se deu por coincidência portanto. Na verdade, somente os princípios – com sua possibilidade de concretização integral ou parcial na realidade – são capazes de conferir ao controle externo a flexibilidade necessária para abarcar a totalidade dos atos e fatos que, embora não se subsumam às hipóteses previstas taxativamente nas regras legais, são diuturnamente praticados pela Administração Pública e devem, em certos casos, ser considerados conforme a principiologia informativa do controle.

Pois bem. Colhe-se, no art. 70 da CRFB que “*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*”. Assim, o controle externo utiliza, como paradigmas de exame dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da gestão pública os princípios da legalidade, da economicidade e da legitimidade. Cabe-nos, a partir de agora, já em rumo de arremate ao presente estudo, buscar o significado, ou o conteúdo, de cada um destes três princípios.

1.4.1 Legalidade

O princípio da legalidade é princípio clássico da Administração Pública, decorrente, como já vimos, do estabelecimento de um Estado de Direito, significando a necessária submissão do Estado à legislação por ele próprio criada, e não à vontade arbitrária do rei, príncipe ou governante daquele momento específico. Cabe assinalar, porém, que mesmo um princípio clássico como o da legalidade comporta uma apreciação mais aprofundada, à luz do paradigma Neoconstitucionalista⁸³. De acordo com Binenbojm:

⁸² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-1162.

⁸³ Para Ana Paula de Barcellos “Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional (...). BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**, in QUARESMA, Regina,

No seu monumental livro *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, publicado ainda em 1941, Miguel Seabra Fagundes apresentou a definição de função administrativa até hoje repetida nos bancos universitários brasileiros: ‘administrar é aplicar a lei de ofício’. Tal concepção corresponde à visão tradicional da legalidade administrativa como uma vinculação positiva à Lei. Não custa lembrá-la, tal como enunciada por Hely Lopes Meirelles: ‘Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.’⁸⁴

Tal visão clássica da legalidade como vinculação positiva à lei resta superada a partir de uma postura que impõe a releitura do Direito Administrativo através das lentes constitucionais, transfigurando-se na chamada juridicidade administrativa. Esta idéia de juridicidade administrativa:

(...) elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)⁸⁵

Este vislumbre renovado da legalidade (*rectius*: da juridicidade) empresta ao controle maior flexibilidade, superando a lógica do controle externo fundado apenas na subsunção do fato à norma legal (controle de conformidade), permitindo que a atividade de controle adentre novas dimensões, como nos casos de auditorias operacionais e outros instrumentos capazes de aferir não só a conformação dos atos ao Direito, mas também aos demais princípios constitucionais da Administração Pública, como eficiência, publicidade e moralidade.

Tanto assim que, em obra voltada para a apreciação dos princípios fundamentais à luz da atividade de controle dos atos administrativos, Juarez Freitas menciona a existência de uma legalidade temperada, onde “(...) *desfruta o princípio da legalidade de autonomia e, ao mesmo tempo, não mais concentra em si todo o poder normativo (...)*”⁸⁶. De acordo com citado autor:

Pois bem: a legalidade é valioso princípio, mas princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional. Daí se exige a ‘atuação conforme a lei e o Direito’. O princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais. Quer dizer, pensar o Direito Administrativo

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 799.

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁶ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruïnosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo.

Dito isso, como acentuado, deve haver respeito à legalidade, todavia encartada no plexo das características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável (interna e externamente). Não significa que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente temperada requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo normativo estrito. A justificação apresenta-se menos submissão do que respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno, livre e concomitante à lei e ao Direito. Eis ponto fulcral. Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, ‘a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direito de terceiros’.⁸⁷

Em outros termos: agregar à legalidade os valores constitucionais não implica a absoluta superação da legalidade, mas apenas na verificação de que a legalidade – como elemento balizador do controle – é tão somente um, dos vários, elementos que devem ser auscultados pelo controle externo, ao examinar os atos de gestão pública. O exame da legalidade é uma etapa do exame dos atos, não sendo a maior, nem a última, mas apenas a primeira, que “*abrirá as portas*” do ato examinado para o crivo do controle externo. É a lição de Antônio Carlos Flores de Moraes:

Como última conclusão, pode-se afirmar que compete aos responsáveis pelo Controle Externo encontrar novos instrumentos de verificação se o princípio da legalidade está sendo respeitado. Em primeiro lugar, observar se o administrador ao exercer sua discricionariedade respeitou as normas legais, devendo as suas decisões ser razoáveis e proporcionais entre os meios de que utiliza e os fins que ele tem que alcançar.

Em segundo lugar, verificar se o administrador ao exercer a sua atividade observou a sua finalidade legal, ou seja, cumpri-la com economicidade, eficácia, eficiência e efetividade, além de zelar pela moral administrativa. Para que esse fim seja alcançado, não basta aos controladores realizarem uma análise clássica do gasto público, ou seja, se as formalidades jurídico-contábeis foram obedecidas. Modernamente, é fundamental constatar a eficácia, eficiência, economicidade do gasto público através de auditorias operacionais dos programas governamentais.⁸⁸

O próprio Tribunal de Contas da União já admitiu esta “*transmutação*” da legalidade em juridicidade em alguns de seus julgados, como, por exemplo, no Acórdão nº 1.877/2005 – Plenário⁸⁹, onde, em representação oferecida pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, decidiu-se pela concessão de medida cautelar, de molde a suspender a concessão de aposentadorias a membros do Congresso Nacional cujo mandato fora cassado. A juridicidade aparece também no Acórdão nº 179/2007 – Plenário⁹⁰, também em sede de representação oferecida por membro do Ministério

⁸⁷ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁸ MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 249-250.

⁸⁹ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

⁹⁰ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

Público, onde se buscou apurar se determinado ato, embora legal, violava a moralidade administrativa. Por fim, o citado princípio surge também no Acórdão nº 4.577/2013 – 2ª Câmara⁹¹, oriundo de pedido de reconsideração feito em face de julgado que aplicou ao gestor público multa pelo reconhecimento de irregularidades em sua prestação de contas.

1.4.2 Economicidade

O segundo princípio a servir de paradigma para a atuação do controle externo vem a ser o princípio da economicidade. Trata-se de princípio de difícil conceituação, normalmente descrito como a ideia de custo/benefício, sendo diferente da mera conceituação de “*custo público*”⁹². Freitas, ao abordar a economicidade, o faz ao lado da eficiência e da eficácia, aduzindo que tais princípios, facetas da proporcionalidade “(...) *vedam, terminantemente, todo e qualquer desperdício, assim como rejeitam as técnicas inapropriadas que distorcem as escolhas públicas (...)*”⁹³. Já Dias Costa informa que “*O princípio da economicidade disciplina que o administrador público tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública, isto é, a solução ótima, termo modernamente empregado*”⁹⁴.

O já citado autor, invocando as lições de Guerra, afirma que a economicidade:

(...) determina a observância da relação custo/benefício, isto é, impõe o controle da despesa em face dos recursos disponíveis, a parcimônia, contenção ou moderação nos gastos; a ausência de desperdício na execução dos programas; enfim, determina o necessário respeito aos interesses econômicos do povo, que se encontram sob a proteção jurídica do Estado. Portanto, é o dispêndio dos escassos recursos na quantia necessária, no momento adequado, à consecução dos objetivos anteriormente propostos em lei.⁹⁵

Em trabalho específico acerca do tema, Gustavo Massa Ferreira Lima narra a “*construção*” do conteúdo do princípio:

Uma das primeiras contribuições para esclarecer o perfeito significado do termo vem de Torres. O autor, em sua pesquisa de direito comparado, recorre à doutrina alemã. As lições trazidas pelo Direito alemão são especialmente importantes porque, segundo pesquisa realizada por Bugarin, só existe expressa menção ao princípio da economicidade na Constituição Federal do Brasil (art. 70) e na Lei Fundamental de Bonn (art. 114, 2).

⁹¹ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

⁹² Cujos conceitos abarcaria apenas a noção do ônus monetário experimentado pela Administração para a obtenção de bens/serviços de que necessita, ou, em visão ampla, o ônus monetário suportado por cada um dos cidadãos na manutenção da “máquina” pública.

⁹³ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁴ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁵ COSTA, Luiz Bernardo Dias, *op. cit.*, p. 84.

Foi Torres quem traduziu para a doutrina jurídica nacional o termo alemão *wirtschaftlichkeit* ao qual designou de economicidade. Da fato, a palavra alemã *wirtschaftlich* significa economia e o sufixo *keit* colocado no final de uma palavra, tem a função de substantiva-la. A doutrina alemã esclarece que a expressão economicidade é mais abrangente porque engloba também o conceito de economia, mas com ele não se confunde. Existe na Alemanha uma tranqüila autonomia conceitual. Conforme explica Stern, há termos distintos, pois, enquanto o conceito de modicidade *sparsamkeit* diz respeito apenas à minimização do custo, o termo *wirtschaftlichkeit* compreende o resultado e o custo.

Torres explica ainda, por meio de exemplos da legislação alemã, que a economicidade é um conceito mais amplo que a simples minimização dos custos. E traz à tela a tradução da Lei Orçamentária Federal alemã (BHO) de 1969 que diz em seu artigo 7º:

1. Devem ser observados na elaboração e na execução do orçamento os princípios da economicidade (*wirtschaftlichkeit*) e da economia (*sparsamkeit*).
2. devem ser realizados exames segundo o custo-benefício das medidas com significação financeira relevante.

Os dois termos alemães denotam uma certa dualidade entre economia e economicidade. O primeiro diz respeito à obtenção de determinado resultado com o menor custo, mais próximo do conceito da ciência econômica. Já a economicidade, além de buscar o menor custo parece também consistir em obter o melhor resultado com uma determinada quantidade de meios.⁹⁶

Assim, para Lima, a economicidade pode ser conceituada como a “(...) *norma constitucional que obriga o administrador público a perseguir o menor custo, na aquisição de insumos e serviços para a Administração, bem como a buscar a maior quantidade e a melhor qualidade dos serviços prestados pela Administração (...)*”⁹⁷. Já

Torres, aprofundando-se ainda mais acerca do princípio em questão, ensina que:

O controle da economicidade entende com o exame e fiscalização material da execução orçamentária, em contraponto com o formal, que é o da legalidade. 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. Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentárias. É, sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas. O controle da economicidade, relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no princípio do custo/benefício, subordinado à idéia de justiça, que deve prevalecer no fornecimento de bens e serviços públicos.

Economicidade é princípio constitucional vazio, como acontece também com a igualdade. Enuncia a necessidade de adequação e equilíbrio entre o mínimo de despesa e o máximo de receita, nas melhores condições possíveis. Não passa de enunciado formal, porque não traz em si qualquer conteúdo ou determinação material, embora tenha por objetivo o controle dos aspectos materiais da execução orçamentária. O jurista alemão Hans Herbert von Armin, num livro dos mais completos e profundos sobre o assunto, intitulado *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip* (Economicidade como Princípio Jurídico), recusa-lhe o *status* de princípio de direito, preferindo apelida-la de ‘norma

⁹⁶ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 30-31.

⁹⁷ LIMA, Gustavo Massa Ferreira, *op. cit.*, p. 36-37.

fundamental de economicidade' (*Wirtschaftlichkeitgrundsatz*), caracterizando-a como um 'comando de otimização' (*Optimierungsgebot*), tendo em vista que não diz 'o que deve ser otimizado, senão apenas que deve ser otimizado'.⁹⁸

A nosso sentir, o princípio da economicidade permite a abertura do controle para a visão econômica, pautada por critérios que vão além do meramente jurídico, abarcando também questões pouco abordadas pelo Direito, como, por exemplo, os melhores meios de distribuir recursos escassos, para a consecução das diversas finalidades a cargo do Estado, ou como se pode aumentar a eficiência no provimento de direitos fundamentais.

São perguntas que não podem ser respondidas exclusivamente com o cabedal de conhecimentos afeto ao Direito, exigindo que o controle se abra à interdisciplinaridade, aceitando as lições das demais ciências, principalmente as econômicas, naquilo que se convencionou denominar de *Law & Economics*⁹⁹, e que oferece ao controle interessantes lições que podem ser de grande valia na atividade diária dos Tribunais de Contas, como, por exemplo, a análise de custo x benefício (ACB) mencionada por Ferreira Lima como instrumento capaz de mitigar o problema da falta de indicadores de desempenho. Consoante o autor:

Uma das soluções para resolver o problema da natureza diversa das escalas de medição é a utilização de uma ferramenta metodológica denominada Análise de Custo-Benefício (ACB). Diz Nuno Garoupa que essa ferramenta pode ser definida como um método de avaliação de uma ação governamental, em comparação com propostas alternativas, utilizando-se uma escala métrica comum, expressa em valores monetários. Em termos simples, a ACB é uma maneira de converter perdas e ganhos de um programa de governo em valores monetários, para embasar as decisões a serem tomadas.

Em uma abordagem básica, a ACB utiliza a mesma escala monetária para medir tanto o custo quanto os benefícios gerados das políticas públicas de governo.

O produto final da ACB, quando se busca maximizar os benefícios e minimizar os custos, é apresentado como uma ordenação das várias propostas possíveis para determinadas ações do governo, escalonadas em ordem crescente de valores monetários. Assim, este método parte do conceito amplo de economicidade, salientando o custo de oportunidade de diversas ações do governo, a fim de embasar uma decisão racional e objetiva.

⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo, *op. cit.*, p. 278-280.

⁹⁹ Segundo Timm, O Direito deve dialogar e se aproximar da Economia por três razões fundamentais. "(...) em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico de seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais". TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia**, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57.

Essa ferramenta foi desenvolvida por economistas e a maior parte da literatura sobre o assunto foi escrita por eles. Entretanto, nada impede que se faça uma abordagem jurídica utilizando-se os trabalhos econômicos até então desenvolvidos (...) ¹⁰⁰

Ao abordar a questão, o Tribunal de Contas da União, no **Acórdão nº 1.532/2012 – Plenário** ¹⁰¹, entendeu a economicidade como “(...) *o menor preço que atenda às necessidades da Administração (...)*” ¹⁰², ressaltando a “(...) *estreita relação com a especificação do objeto a ser contratado (...)*” ¹⁰³ e o preço que se pretende por ele cobrar. Frise-se que não se trata do “*menor preço*”, pura e simplesmente, mas sim do “*menor preço que atenda à Administração*”, evitando, assim, que a economicidade se torne um problema, na medida em que sua busca implicaria, necessariamente, perquirir produtos de qualidade inferior (a qual, em regra, acompanha o menor preço). Tal posicionamento aparece também no **Acórdão nº 807/2007 – Plenário** ¹⁰⁴ e, no que tange às Organizações Sociais – OS, no **Acórdão nº 2.057/2014 – Plenário** ¹⁰⁵, onde se estabeleceu que:

É exigível dos gestores da organização social, de acordo com o princípio da economicidade, a realização de prévia verificação da compatibilidade dos preços a serem praticados com aqueles de mercado. Embora a aplicação dos recursos mediante contratos de gestão deva ser analisada com foco nos resultados, isso não afasta a necessidade de serem observados os princípios gerais que regem a aplicação de recursos públicos. ¹⁰⁶

1.4.3 Legitimidade

O terceiro princípio a servir de paradigma para as ações de controle vem a ser o princípio da legitimidade. Trata-se de princípio cuja densificação é ainda mais complexa que a do princípio da economicidade, uma vez que a legitimidade – embora tenha sido albergada pelo Direito – tem suas raízes na Ciência Política. Destarte, Por tratar-se de conceito comum à Ciência Política e à Ciência Jurídica (e também porque, como se verá, um dos assentos da legitimidade é justamente a conformidade à lei), muitos tratam a idéia de legitimidade como sinônimo de legalidade. Destarte, Guerra Filho e Garbellini Carnio informam que:

¹⁰⁰ LIMA, Gustavo Massa Ferreira, *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁰¹ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

¹⁰² Cf. **Acórdão nº 1.532/2012 – Plenário**, TCU, Rel. Min. Valmir Campelo, j. 20.06.2012.

¹⁰³ Cf. **Acórdão nº 1.532/2012 – Plenário**, TCU, Rel. Min. Valmir Campelo, j. 20.06.2012.

¹⁰⁴ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

¹⁰⁵ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

¹⁰⁶ Cf. **Acórdão nº 2.057/2014 – Plenário**, TCU, Rel. Min. Benjamín Zymler, j. 06.08.2014.

(...) o desacordo que reina entre os teóricos a respeito do significado da palavra legitimidade não poderia ser maior. Quem se debruçar sobre o problema, inevitavelmente vai encontrar este grande obstáculo inicial, para o que contribui o fato de ser um tema que ainda não se tornou habitual no âmbito jurídico. Inicialmente, há uma identificação de legitimidade com legalidade, que na linguagem dos juristas são utilizadas como sinônimas, servindo arribas para indicar o que é conforme as leis estabelecidas – o primeiro problema de uma teoria da legitimidade é a distinção entre os dois termos.¹⁰⁷

Como necessariamente temos que eleger um ponto de partida, impõe-se a indagação: o que é Legitimidade? Legitimidade – em seu significado político, vinculado à noção de Estado-Nação – diz respeito à existência de um consenso, na sociedade, de que as ordens emanadas de uma determinada autoridade política devem ser cumpridas espontaneamente, sem que o Estado tenha que recorrer ao uso da força. Destarte, aduz Bobbio, em seu Dicionário de Política, o seguinte:

I. DEFINIÇÃO GERAL. — Na linguagem comum, o termo Legitimidade possui dois significados, um genérico e um específico. No seu significado genérico, Legitimidade tem, aproximadamente, o sentido de justiça ou de racionalidade (fala-se na Legitimidade de uma decisão, de uma atitude, etc). É na linguagem política que aparece o significado específico.

Neste contexto, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de Legitimidade. O que nos interessa, aqui, é a preocupação com o significado específico. Num primeiro enfoque aproximado, podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.¹⁰⁸

Para prosseguir no exame da legitimidade, Bobbio trata do processo de legitimação (isto é, do processo de produção do consenso social) e separa seus participantes em diferentes níveis, afirmando serem eles os seguintes:

Encarando o Estado sob o enfoque sociológico e não jurídico, constatamos que o processo de legitimação não tem como ponto de referência o Estado no seu conjunto, e sim nos seus diversos aspectos: a comunidade política, o regime, o Governo e, não sendo o Estado independente, o Estado hegemônico a quem o mesmo se acha subordinado. Conseqüentemente, a legitimação do Estado é o resultado de um conjunto de variáveis que se situam em níveis crescentes, cada uma delas cooperando, de maneira relativamente independente, para sua determinação. É, pois, necessário examinar separadamente as características destas variáveis que constituem o ponto de referência da crença na Legitimidade.

a) A *comunidade política* é o grupo social, com base territorial, que congrega os indivíduos unidos pela divisão do trabalho político. Este aspecto do Estado é objeto da crença na Legitimidade, quando encontramos na população sentimentos difusos de

¹⁰⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito – A Expansão política do Direito, 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 177.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política, 11ª ed.** Brasília: UNB, 1998, p. 675.

identificação com a comunidade política. No Estado nacional, a crença na Legitimidade é caracterizada, com maior evidência, por atitudes de fidelidade à comunidade política e de lealdade nacional.

b) O *regime* é o conjunto de instituições que regulam a luta pelo poder e o exercício do poder e o conjunto dos valores que animam a vida destas instituições. Os princípios monárquico, democrático, socialista, fascista, etc, caracterizam alguns tipos de instituições, e dos valores correspondentes, que se caracterizam como alicerces da Legitimidade do regime. A característica fundamental da adesão a um regime, principalmente quando tem seu fundamento na crença da legalidade, está no fato de que os governantes e sua política são aceitos, na medida em que os aspectos fundamentais do regime são legitimados, abstraindo das pessoas e das decisões políticas específicas. A consequência é que quem legitima o regime tem que aceitar também o Governo que veio a se concretizar e que busca atuar de acordo com as normas e os valores do regime, mesmo não o aprovando ou até chegando a lhe fazer oposição bem como à sua política. Isto depende do fato de que existe um interesse concreto que une as forças que aceitam o regime: a sustentação das instituições que regulam a luta pelo poder. O fundamento desta convergência de interesses está em que o regime é assumido como plataforma comum de luta entre os grupos políticos, visto estes o considerarem como uma situação que apresenta condições favoráveis para a manutenção de seu poder, para a conquista do Governo e para a concretização parcial ou total de seus objetivos políticos.

c) O *Governo* é o conjunto dos papéis em que se concretiza o exercício do poder político. Vimos que normalmente, isto é, quando a força do Governo repousa na definição institucional do poder, para ele ser qualificado como legítimo é suficiente que tenha se estruturado de conformidade com as normas do regime e que exerça o poder de acordo com os mesmos, de tal forma que se achem respeitados determinados valores fundamentais da vida política.¹⁰⁹

Um dos primeiros a estudar o atributo estatal da legitimidade sob o enfoque político foi Max Weber, afirmando que o poder do Estado poderia estar alicerçado na legalidade (isto é, na crença de que o poder está sendo exercido conforme as leis), na tradição (ou seja, o poder se assenta no respeito consagrado às instituições e à pessoa, ou pessoas, que detém o poder) ou nas características e qualidade pessoais do detentor do poder (o que é denominado por Weber de poder carismático). As palavras são do próprio Weber:

Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundado no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob a condição de que os homens dominados se submetam à autoridade, continuamente reivindicada pelos dominadores. Colocam-se, em consequência, as indagações seguintes: em que condições se submetem eles e por quê? Em que justificações internas e em que meios externos se apóia essa dominação?

Existem em princípio – e começaremos por aqui – três razões internas que justificam a dominação, existindo, conseqüentemente, três fundamentos da legitimidade. Antes de tudo, a autoridade do “passado eterno”, isto é, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los. Tal é o “poder tradicional”, que o patriarca ou o senhor de terras, outrora, exercia. Existe, em segundo lugar, a autoridade que se funda em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo (carisma) – devoção e confiança estritamente pessoais depositadas em alguém que se

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 675-676.

singulariza por qualidade prodigiosas, por heroísmo ou por outras qualidades exemplares que dele fazem o chefe. Tal é o poder “carismático”, exercido pelo profeta ou – no domínio político – pelo dirigente guerreiro eleito, pelo soberano escolhido por meio de plebiscito, pelo grande demagogo ou pelo dirigente de um partido político. Existe, por fim, a autoridade que se impõe em razão da “legalidade”, em razão da crença na validade de um estatuto legal e de uma “competência” positiva, fundada em regras racionalmente estabelecidas, ou, em outros termos, a autoridade fundada na obediência, que reconhece obrigações conformes ao estatuto estabelecido. Tal é o poder, como o exercer o “servidor do Estado” em nossos dias e como o exercem todos os detentores do poder que dele se aproximam sob esse aspecto.¹¹⁰

Frise-se que é a partir desta leitura sobre as diversas formas de legitimação do poder que Weber pode compor seu modelo de Estado burocrático, cujas bases restaram fixadas “(...) *na atuação racional, no estrito cumprimento das leis, num modelo hierárquico rígido, na obediência estrita aos procedimentos e na separação entre a administração especializada e a política*”¹¹¹. Embora importante para aquele momento histórico específico, impende afivelar que se trata de um modelo de Administração Pública já superado, ante a constatação de que não há como se dissociarem as atividades de administração das atividades políticas¹¹², na medida em que a realização dos Direitos Fundamentais (objetivo maior do Estado) não é estritamente jurídica, sendo também política (principalmente no momento da eleição das prioridades a serem atendidas por determinado gestor público).

Por certo, outros ainda se debruçaram sobre o problema da justificação do poder político em uma sociedade. Guerra Filho faz menção a alguns destes estudiosos e suas teorias. Confira-se:

(...) Guglielmo Ferrero defende a existência de quatro princípios de legitimidade: eletivo, hereditário, aristo-monárquico e democrático. Para Maurice Hauriou, o princípio de legitimidade não é outra coisa que o princípio de transmissão do poder conforme a lei, enquanto Santi Romano entendeu que uma ordenação jurídica ilegítima

¹¹⁰ WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**, 18ª ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 68.

¹¹¹ DAVI, Kaline Ferreira, *op. cit.*, p. 91-92.

¹¹² A lição é de Kaline Ferreira Davi: “O tipo de administração patrimonialista erguida com o absolutismo, no qual não havia separação entre o patrimônio público e o privado, originava um contexto satisfatório à proliferação do nepotismo e da corrupção, o que já não era compatível com o cenário que se delineava no século XIX – capitalismo industrial e democracias parlamentares – época em que a administração pública burocrática foi adotada como solução para os principais problemas do antigo modelo. Não obstante se mostrar como a alternativa mais viável e compatível com as mudanças políticas e sociais, a Administração Pública burocrática idealizada por Weber não alcançou os resultados esperados em relação à eficiência. Na virada do Estado liberal para o Estado social, verificou-se que a Administração burocrática não garantia rapidez, boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público, demonstrando-se ‘(...) pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos’. Nesse momento surgiu um novo modelo de atuação para a Administração Pública, no qual o distanciamento entre ela e os conflitos sociais e políticos era rompido, com a adoção de uma gestão mais adequada à pluralidade dos interesses sociais, visando à satisfação dos direitos fundamentais, tarefa que se constituiu em dever para a Administração de um Estado voltado ao bem-estar social.” *in* DAVI, Kaline Ferreira, *op. cit.*, p. 92.

é uma contradição em termos; a sua existência e a sua legitimidade são uma coisa só (...).

Modernamente, surgem as concepções sociológicas de Maurice Duverger e Seymour Lipset. Para Duverger, há, sempre, uma teoria dominante do poder: é legítimo o que corresponder a essa crença dominante. Lipset identifica legitimidade com a capacidade do sistema para engendrar e manter a crença de que as instituições políticas vigentes são as mais apropriadas para a sociedade e poder ser caracterizadas como positivistas.

(...) Georges Sarotte, em obra recente, faz uma abordagem muito inspirada, onde se aprende, entre outras coisas, que ações ilegais, porém, tecnicamente legítimas, são uma constante na vida do Direito, o que deve ser considerado como algo fundamental para seu progresso a caminho de um nível superior. Também ensina o mestre francês que se deve distinguir as ilegalidades que cometem as autoridades oficiais, os governantes, daquelas que os governados cometem – as organizações sociais só agem ilegalmente quando não há possibilidade, dentro do respeito às leis, de praticarem aquilo que lhes parece mais correto, ao passo que a violação da legalidade pelas autoridades visa, na maioria dos casos, eliminar uma norma justa, porém contrária à política que o Estado segue.¹¹³

Como se vê, boa parte das possíveis teorias sobre o que significa legitimidade passam, necessariamente, por crenças ou consensos compartilhados sobre o que o Estado (*rectius*: aqueles que “*presentam*” o Estado) deve fazer para resolver problemas que atingem a coletividade ou parcela significativa desta. Tal visão – que, por óbvio, se aproxima, mas não se iguala à legalidade, aliás a aprofunda – exige do controle uma nova postura, conforme Freitas:

(...) Ao que tudo indica, o constituinte originário não pretendeu oferecer ao princípio da legitimidade qualquer conotação estritamente procedimental, como supuseram intelecções textualistas. Serve, sim, como chamamento adicional aos controladores para que não se cinjam à legalidade tímida e timorata, em que pese a evidente relação entre os princípios. Todavia, se se limitasse a tal desiderato, não iria muito além da nova compreensão da juridicidade. Portanto, força admitir que, numa espécie de ampliação necessária do significado, é o princípio da legitimidade que dá sustento, por exemplo, na esfera do recurso administrativo, à veiculação de razões de ‘mérito’, para além da legalidade, como expressa dispositivo da Lei de Processo Administrativo. Com efeito, o exame da legitimidade dos atos administrativos exige mais do controle, sistematicamente orientado; vale dizer, o exame, a fundo, das finalidades apresentadas e das motivações oferecidas, de maneira a não compactuar com qualquer vício teleológico. O que se almeja é vedar o escudo do exacerbado formalismo, graças ao qual foram e têm sido cometidas inúmeras violações impunes ao longo da história. O Direito Administrativo apenas se legitima pelo progresso no uso dos princípios, não pelas ‘águas paradas’, não pela ‘mumificação’ do que pode e deve respirar. Demanda, assim, a autoridade legítima, autêntico modelo baseado no conhecimento e no reconhecimento, à semelhança do preconizado por Hans-Georg Gadamer.¹¹⁴

Trata-se, como se verá mais adiante, em pormenores, de abrir o controle externo ao exame das finalidades e motivações dos atos administrativos, com o fito de verificar a congruência entre os motivos apontados e as finalidades perseguidas, permitindo

¹¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini, *op. cit.*, p. 178-179.

¹¹⁴ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 128-129.

assim que uma série de valores albergados pela CRFB (moralidade, probidade, eficiência, boa administração, direitos fundamentais, etc) sejam também controlados e preservados, quando necessário, pelas Cortes de Contas, deixando estas Cortes de apresentarem apenas um controle baseado na conformidade do ato à lei, e passando a realizar um controle mais moderno e consentâneo com o Estado Democrático de Direito e a Administração Pública Gerencial estabelecidos na Carta de 1988. Tanto assim que o Tribunal de Contas da União, em alguns julgados, realizou o controle de atos administrativos baseado na idéia de moralidade, como, por exemplo, se colhe do **Acórdão nº 81/2005 – Plenário**¹¹⁵, onde se admitiu que a moralidade administrativa é mais ampla que a simples legalidade, devendo os atos administrativos contemplar tanto a legalidade como a moralidade¹¹⁶.

O tema surgiu também no **Acórdão nº 2.877/2012 – Plenário**¹¹⁷, quando do exame de sindicância administrativa. Neste feito, aduziu-se que:

(...) 57. Não procede a assertiva de que os conceitos de moralidade administrativa não abrangem a exigência de postura sensível às conseqüências, animada por reflexão, lealdade e boa-fé. Na realidade as definições doutrinárias costumam ser mui amplas, e dúcteis ainda por cima. Em obra sobre direito disciplinar garante-se, p. ex., que a conduta funcional compatível com a moralidade administrativa "traduz-se como uma projeção orientada no rumo da satisfação do interesse da coletividade. Finalismo esse que somente será atingido quando os agentes públicos ajam dentro de uma linha de honradez, boa-fé, lealdade, ética, equilíbrio e respeito" . Noutro volume constata-se que o estudioso considera que os atos atentatórios à moralidade administrativa "são aqueles de relativa repercussão, decorrentes de aspectos meramente comportamentais associados à cortesia, à discrição, à apresentação, ao respeito à hierarquia. São atos atentatórios aos princípios jurídicos, mas de gravidade reduzida tal que não justifica, uma vez não comprovada a má-fé, o enquadramento em improbidade administrativa (...)"¹¹⁸

Por fim, mencione-se que o tema afeto ao exame da moralidade dos atos da Administração Pública surge no **Acórdão nº 2.427/2009 – Plenário**¹¹⁹, versando sobre o exame da utilização, pelos Senadores da República, de suas respectivas cotas de passagens aéreas e no **Acórdão nº 1.672/2007 – Plenário**¹²⁰, que versava sobre recurso de reconsideração, interposto em sede de Tomada de Contas, onde se determinara a órgão público que impedisse o desempenho de funções terceirizadas por pessoas ligadas, pelo liame do parentesco, a servidores do órgão em questão. Tais julgados, à toda evidência, demonstram tanto a amplitude do referido princípio, como também

¹¹⁵ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

¹¹⁶ Cf. **Acórdão nº 81/2005 – Plenário**, TCU, Rel. Min. Augusto Sherman, j. 16.05.2005.

¹¹⁷ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

¹¹⁸ Cf. **Acórdão nº 2.877/2012 – Plenário**, TCU, Rel. Min. Augusto Nardes, j. 24.10.2012.

¹¹⁹ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

¹²⁰ Cf. www.tcu.gov.br, acesso em 14.09.2014.

apontam no sentido de uma maior abertura – que deve ser replicada em todo o sistema brasileiro de controle – às idéias-força que se conectam ao conceito de legitimidade.

Não obstante este primeiro tratamento da matéria, em capítulo posterior voltaremos a tratar da noção de legitimidade, e como a mesma pode ser entendida modernamente no contexto do controle externo, à luz das competências estabelecidas na CRFB/88 em favor dos Tribunais de Contas. Passemos, agora, ao exame da noção de Políticas Públicas, e quais são as interfaces que este conceito forma com algumas noções específicas à ciência do Direito.

2 O que são Políticas Públicas? – A densificação do conceito

Em que pese se tratar de uma disciplina cuja gênese é relativamente recente (os primeiros estudos datam do início do século XX), o estudo das Políticas Públicas evoluiu muito, principalmente a partir da construção de modelos teóricos que buscam explicar o surgimento e o desenvolvimento das Políticas Públicas. Além disto, uma parcela significativa dos estudos volta-se também para a **avaliação** de políticas públicas, isto é, para a verificação empírica dos resultados obtidos por tal ou qual ação estatal. Também neste caso, existem diversos tipos de modelos, métodos de análise e indicadores, todos voltados para medir os resultados produzidos pelas ações estatais.

No caso brasileiro¹²¹, porém, é preciso atentar para o fato de que existe, na estrutura estatal, um órgão público que, dentre outras funções de relevância, desempenha funções específicas de avaliação e controle da execução de políticas públicas, à saber, os Tribunais de Contas (da União, dos Estados, dos Municípios e, no caso dos dois maiores municípios do País, Rio de Janeiro e São Paulo, do Município). Aos Tribunais de Contas, por força dos arts. 70 e 71¹²² da CRFB compete fiscalizar, não só sob o prisma da legalidade, mas também da economicidade e da legitimidade, as entidades da Administração Pública Direta e Indireta, o que significa dizer que, à estes Tribunais impõe-se o dever de analisar os resultados por estas últimas entidades produzidos, no âmbito de suas competências individuais. Vale dizer: muitas vezes, a apreciação feita pelos Tribunais de Contas incide sobre políticas públicas, as quais são analisadas não só sob o prisma jurídico, mas, principalmente, quanto à produção de resultados concretos.

Assim, a atividade realizada pelos Tribunais de Contas se insere no conceito de **avaliação** de políticas públicas. Secchi, citando Anderson, afirma que a avaliação da política pública “(...) é o processo de julgamentos deliberados sobre a validade de

¹²¹ Não se desconhecem, contudo, exemplos de outros países que, como o Brasil, adotam um “Tribunal de Contas” que tenha, além de outras funções, o de análise e avaliação de políticas públicas. Vale inclusive citar o exemplo da França, até mesmo porque os Tribunais de Contas brasileiros baseiam-se, todos, no sistema francês de controle de contas.

¹²² Art. 70. 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.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

*propostas para a ação pública, bem como sobre o sucesso ou a falha de projetos que foram colocados em prática (...)*¹²³, sendo certo ainda que, neste caso, a avaliação de políticas públicas realizada pelos Tribunais de Contas, em razão de obedecer à comando constitucional, pode não padecer os principais problemas apontados pela doutrina especializada quanto à questão, normalmente vinculados à questão da utilização (ou não) dos resultados da avaliação.

Primeiramente, trataremos de fixar um conceito de Política Pública e de suas vinculações com o Direito, na medida em que as políticas públicas, de modo geral, têm por objetivo a concretização de direitos fundamentais. Estabelecidas estas interfaces, buscaremos distinguir a avaliação da Política Pública (isto é, do processo de escolha e decisão que ocorre no âmbito da Administração Pública) da avaliação de Políticas Públicas (ou seja, da apreciação dos resultados produzidos ou não pela atividade estatal). Após, faremos uma breve exposição acerca do papel atual dos Tribunais de Contas na avaliação e auditoria de políticas Públicas, para, ao final, concluirmos abordando a questão referente à utilização (ou não) dos resultados da avaliação realizada pelos Tribunais de Contas, tema que é apontado pela doutrina especializada como um problema específico nos estudos que tratam de *Policy Evaluation*.

2.1. Conceituação de Políticas Públicas

Com efeito, são inúmeros os conceitos de “*Política Pública*” existentes, cada qual ressaltando uma ou mais características específicas da noção, sem, contudo, abarcar a totalidade do conceito, até mesmo em função de sua complexidade. Afinal, são diversas as notas específicas que podem servir como elementos de caracterização daquilo que convencionamos denominar de Políticas Públicas. Leonardo Secchi, ao tratar do tema, aduz o seguinte:

Qualquer definição de política pública é arbitrária. Na literatura especializada não há um consenso quanto à definição do que seja uma política pública, por conta da disparidade de respostas para alguns questionamentos básicos: 1. Políticas públicas são elaboradas exclusivamente por atores estatais? Ou também por atores não estatais? 2. Políticas públicas também se referem à omissão ou à negligência? 3. Apenas diretrizes estruturantes (de nível estratégico) são políticas públicas? Ou as diretrizes mais operacionais também podem ser consideradas políticas públicas?¹²⁴

¹²³ ANDERSON, *apud* SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**, 2^o ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 62.

¹²⁴ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 2.

Celina Souza, corroborando a posição de Secchi quanto à multiplicidade de conceitos, e citando diversos estudiosos estrangeiros afirma que:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980) como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou por delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. (...) A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. Já a definição mais clássica é atribuída à Lowi *apud* Rezende (2004:13): política pública é “uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas”.¹²⁵

Já Thomas R. Dye define políticas públicas de forma simples, afirmando que “*Políticas públicas são tudo aquilo que os governos escolham fazer ou não fazer*”¹²⁶, ao passo que Secchi vincula toda e qualquer tentativa de conceituação da Política Pública àquilo que ele chama de “*problema público*”¹²⁷, ou seja, a questão, percebida como um problema por grande número de pessoas, que se pretende resolver a partir da ação estatal.

Aproximando-se de uma conceituação que possa ser transposta para o Direito, Maria Paula Dallari Bucci, apontando que uma política pública somente pode ser entendida como um esquema complexo e ordenado¹²⁸, afirma que políticas públicas são “*(...) programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”¹²⁹. Destarte, a citada autora explicita sua posição, descrevendo assim seu conceito de política pública: “*(...) Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados*”¹³⁰, sendo certo, porém, que a própria

¹²⁵ SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas, in HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta e MARQUES Eduardo (Orgs.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, p. 68. Vale reparar, neste diapasão, a similaridade entre o conceito de Política Pública expresso por Lowi com os conceitos de Direito comumente utilizados pela doutrina, inclusive naquilo que toca às sanções punitivas e premiaias.

¹²⁶ DYE, Thomas R. **Understanding Public Policy, Fourteenth Edition**. Upper Saddle River: Pearson, 2013, p. 3. No original: “*Public Policy is whatever governments choose to do or not to do*”.

¹²⁷ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito, in **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**, BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38-39.

¹²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito, *op. cit.*, p. 38-39.

¹³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito, *op. cit.*, p. 39.

autora ressalva a possibilidade de inexistir um conceito “*jurídico*” de políticas públicas¹³¹.

Já Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho afirmam que o conceito de política pública não deve sobrepor-se às noções tradicionais existentes acerca do Direito. Consoante os citados autores:

(...) Ela vem para somar, não para substituir ou subtrair. Ela nos permite uma *nova perspectiva*, uma maneira diversa de enxergar e compreender o *fenômeno jurídico*. Por esta visão de mundo, as normas – a grande matéria prima do jurista – e todos os debates que elas trazem consigo – métodos de interpretação, sanções, competências, vigência, validade, etc – podem ser observados num contexto mais amplo: o da ação estatal – ou governamental. Sob a ótica da ideia de políticas públicas, a tônica pode se deslocar de uma análise mais isolada da norma para outra na qual sejam levados em conta os grandes objetivos perseguidos pelo Estado e a relação entre meios e fins. Haveria, neste sentido, uma ampliação dos horizontes do conhecimento jurídico.¹³²

Para estes autores a sobreposição dos conceitos não pode ocorrer por uma razão simples: os conceitos de Direito e de Política Pública estão por demais imbricados para que um supere o outro, sendo tal relação tão íntima que se poderia afirmar que as Políticas Públicas, são, elas próprias, Direito:

O Direito tem um modo todo peculiar de surgir, ser e se manifestar. Nasce e funciona com base em lógica e dinâmica que lhe são próprias. Prevê-lo com precisão absoluta é tarefa impossível. A despeito de sua imprevisibilidade, de não se saber ao certo por onde ele irá enveredar, não se pode ignorar as possibilidades. É preciso conhecer suas características e o modo pelo qual ele se move, seus fluxos e refluxos.

E o que isso tem a ver com a discussão sobre políticas públicas?

Tem tudo a ver. Essa discussão deve estar atenta ao modo pelo qual o Direito é construído, pois as políticas públicas são, elas próprias, Direito. Não podem negar o seu DNA! Por esta razão, compreender as características do Direito e o modo pelo qual as normas e atos jurídicos surgem é, para quem lida com políticas públicas, um caminho para entender como essas políticas surgem e como se desenvolvem.¹³³

A partir deste ponto de vista, os desafios para o estudo das Políticas Públicas seriam dois: um problema dito *informacional* e outro concernente denominado *industrial*. De acordo com Sundfeld e Rosilho:

A primeira particularidade interessante é quantitativa. A definição e a execução de políticas normalmente envolvem verdadeira enxurrada de normas e atos jurídicos. Com frequência, as políticas públicas, em sua estruturação e implementação, requerem ou geram intensa regulação jurídica, proveniente de distintos diplomas normativos das mais variadas espécies – Constituição Federal, leis (complementares ou ordinárias, de diferentes esferas federativas), decretos, portarias, resoluções, etc. Tudo isso em volumes consideráveis.

¹³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito, *op. cit.*, p. 47.

¹³² SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André, Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos? *in* SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.) **Direito da Regulação e Políticas Públicas**, São Paulo: Malheiros:2014, p. 46-47.

¹³³ SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André, *op. cit.*, p. 52-53.

Portanto, lidar com políticas públicas é lidar com elementos jurídicos em quantidades sempre muito expressivas: é envolver-se com trabalho jurídico de grandes proporções. O Direito não apenas está sempre presente. Mais que isso: ele toma muita energia, ocupa muito espaço, exige uma sofisticada engenharia de produção para processá-lo.

Em estreita conexão com esta peculiaridade há outra: a construção do Direito – e, portanto, também das políticas públicas – é fragmentada. As regras jurídicas não aparecem do nada ou de uma vez. Pelo contrário, a criação do Direito é gradual, vem em ondas. Atende-se a uma demanda aqui; apaga-se um incêndio acolá; testam-se soluções diferentes para os mesmos problemas e desenvolvem-se novas medidas para novos desafios. Assim, não raro, para se compreender a fundo certas políticas deve-se olhar não apenas para o conteúdo do último diploma normativo editado sobre o tema, mas também para outros que também estejam vigentes – às vezes, para se encontrar respostas adequadas a indagações complexas é preciso até mesmo recorrer às normas já revogadas; afinal, é por meio delas que se conhece a história dos institutos.

Assim, lidar com o Direito nas políticas exige uma capacidade especial: a de conhecer e processar elementos fragmentados, em contínua produção, e, como vimos, em grande quantidade. Um duplo desafio: *informacional*, para descobrir os fragmentos úteis, e *industrial*, para processá-los com rapidez e qualidade.¹³⁴

Diante de todo o exposto, não nos parece que seja o caso de inexistir um conceito “*jurídico*”, mas apenas de perceber que o tema é eminentemente multidisciplinar, exigindo, por isso, não só um ponto de vista a partir do Direito, mas também outros, a partir da Economia, da Sociologia, das Ciências Sociais, etc. Naquilo que toca ao Direito, o tema Políticas Públicas se vincula, eminentemente, à outros dois temas: a **Teoria dos Direitos Fundamentais** e o **Direito Financeiro**. Mais adiante, trataremos destas vinculações.

Neste momento, impõe-se admitir que os estudos sobre Políticas Públicas, via de regra, inserem a atividade de avaliação no chamado **Ciclo de Políticas Públicas**, o qual, consoante Secchi “(...) *é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases seqüenciais e interdependentes*”¹³⁵. Estas fases seriam as seguintes: 1) identificação do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação de alternativas; 4) tomada de decisão; 5) implementação; 6) avaliação e 7) extinção. É importante destacar que este ciclo serve, tão somente, como um modelo, de maneira a organizar o pensamento, já que ele não reflete a dinâmica de surgimento e evolução de uma política pública no dia-a-dia das atividades da Administração Pública.

Da mesma forma, o estabelecimento do Ciclo de Políticas Públicas facilita também a separação conceitual que deve ser feita entre os diversos significados da expressão “*Política Pública*”. Em uma primeira acepção (que não é a que utilizamos

¹³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André, *op. cit.*, p. 53-54.

¹³⁵ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 43.

aqui), “*Política Pública*” pode significar o mesmo que “*processo decisório público*”, onde, de acordo com Dallari Bucci, apoiada em Easton:

Passa-se a analisar o sistema político como um sistema de comportamentos, sua estrutura e processo, considerando o ambiente, outros sistemas, demandas, petições, autoridades, etc. Com isso, buscava-se captar a realidade organizativa, social, política e institucional da política, com um modelo formal de decisões, interações, *inputs* e *outputs*, influências de ambientes, informação e configuração do *flow of policy*, com o propósito de buscar uma visão totalizadora, com base no plano ou no sistema.¹³⁶

Este “*processo decisório público*” pode, por óbvio, ser avaliado, e, assim sendo, tal atividade é definida por Figueiredo e Figueiredo como avaliação política, isto é “(...) *a análise e elucidação do critério ou critérios que fundamentam determinada política: as razões que a tornam preferível à qualquer outra*”.¹³⁷

Cabe afivelar, desde logo, que, embora possam os Tribunais de Contas, de modo geral, tratar destas questões – isto é, avaliar e auditar o processo decisório público – não é este o foco principal de sua atuação. Em regra, eventuais observações acerca da “*Política Pública*”, nesta acepção, serão feitas por necessidade de fundamentar suas decisões, em obediência aos termos do art. 93, IX¹³⁸ da CRFB, aplicável aos membros dos Tribunais de Contas em razão da submissão destes ao Estatuto da Magistratura, nos termos do art. 73, §3º¹³⁹ também da CRFB. Em outros termos: os Tribunais de Contas, ao fundamentarem suas decisões, podem até observar que determinado processo decisório - o momento onde, de acordo com Secchi “(...) *os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas*”¹⁴⁰ – não foi o melhor, ou o mais adequado, mas, salvo na hipótese de uma patologia grave (presença de ilegalidade, ilegitimidade ou anti-

¹³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.104-105.

¹³⁷ FIGUEIREDO, Marcus Faria e FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica *in Análise e Conjuntura Vol. 1, nº 3*. Belo Horizonte:FJP, 1986, p.108.

¹³⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹³⁹ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. .

(...)

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

¹⁴⁰ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 51.

economicidade no âmbito do processo decisório em questão), carecerão os Tribunais de competência para intervir.

A “*Política Pública*” ao qual se aplica o Ciclo de Políticas Públicas anteriormente mencionado pode ser traduzida pela expressão “*Programa Público*”, isto é (...) *um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito*”¹⁴¹. Vale dizer: é a coordenação de órgãos, agentes e recursos estatais, no espaço e no tempo, com vistas à realização de um objetivo específico, à saber, tornar concreto, no mundo dos fatos, para uma determinada quantidade de cidadãos, um determinado direito fundamental. Faz-se aqui referência ao espaço e ao tempo pois, à luz de nosso quadro constitucional, são possíveis políticas públicas locais, regionais ou nacionais¹⁴², e ainda políticas públicas limitadas no tempo.¹⁴³

A menção à coordenação alude também ao inarredável aspecto processual das políticas públicas, já que a concretização de direitos fundamentais pode exigir (e no mais das vezes exige) a realização de diversos atos, tanto pela Administração, como pelos particulares, todos eles encadeados com vistas à um objetivo final (a concretização do direito fundamental, seja ele de conteúdo negativo, seja ele de conteúdo positivo), sendo justamente este aspecto processual que desencadeia uma revisão do conceito proposto por Maria Paula Dallari Bucci pela própria autora, aduzindo esta o seguinte:

O princípio de reflexão alinhavado naquela oportunidade carecia de desenvolvimento sob o aspecto processual. Na verdade, a política pública só pode ser compreendida como arranjo complexo, conjunto ordenado de atos (e assim deve ser tratada também na esfera judicial).

O aspecto processual como elemento de conexão dos múltiplos componentes desse arranjo destaca-se na proposição de Jean-Claude Thoenig: ‘Programas de ação de autoridades governamentais formando um conjunto de processos e de interações concorrendo ao enfrentamento e à solução de um certo número de problemas postos na agenda das autoridades’.¹⁴⁴

Há que se distinguir, portanto, entre “*Avaliação DA Política Pública*” (ou seja, avaliação do processo decisório existente no âmbito da Administração Pública) e

¹⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁴³ Conforme art. 60 e incisos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

¹⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari, O Conceito de Política Pública em Direito, *op. cit.*, p. 38-39.

“Avaliação **DE** Políticas Públicas” (a avaliação dos programas públicos criados para a concretização dos direitos fundamentais).

Mas, sendo, assim, o que viria a ser esta “Avaliação”? Trata-se, por certo, de tema que já foi abordado por aqueles que estudam as diversas etapas do Ciclo de Políticas Públicas. Secchi define a avaliação como “(...) *a fase do ciclo de políticas públicas em que o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou. É o momento-chave para a produção de feedback sobre as fases antecedentes*”¹⁴⁵. Costa e Castanhar, apoiados no conceito propalado pela UNICEF, aduzem que a avaliação:

(...) trata-se do exame sistemático e objetivo de um projeto ou programa, finalizado ou em curso, que contemple o seu desempenho, implementação e resultados, com vistas à determinação de sua eficiência, efetividade, impacto, sustentabilidade e a relevância de seus objetivos. O propósito da avaliação é guiar os tomadores de decisão, orientando-os quanto à continuidade, necessidade de correções ou mesmo suspensão de uma determinada política ou programa.¹⁴⁶

Trata-se, à toda evidência, de verificar, empiricamente, se o conjunto de atos praticados com vistas à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de fato concretizaram tais direitos e em que medida tais direitos restaram, ou não, realizados. Para isso, e ainda com apoio em Secchi, exigem-se critérios, indicadores e padrões¹⁴⁷. Os critérios são definidos como “(...) *mecanismos lógicos que servem como base para escolhas ou julgamentos (...)*”¹⁴⁸ alicerçados em “(...) *entendimentos valorativos da realidade e abastecem o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funcionou bem ou mal*”¹⁴⁹. Costa e Castanhar, com arrimo no manual da UNICEF, aduzem que os critérios mais comuns seriam os seguintes:

Eficiência – termo originado nas ciências econômicas que significa a menor relação custo/benefício possível para o alcance dos objetivos estabelecidos no programa;

Eficácia – medida do grau em que o programa atinge os seus objetivos e metas;

Impacto (ou efetividade) – indica se o projeto tem efeitos (positivos) no ambiente externo em que interveio, em termos técnicos, econômicos, socioculturais, institucionais e ambientais;

¹⁴⁵ SECCHI, Leonardo, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁶ COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de Programas Públicos: desafios conceituais e metodológicos, in **Revista de Administração Pública**, vol 37, nº 5. Rio de Janeiro: FGV, Set/Out. 2003, p. 972.

¹⁴⁷ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 63.

¹⁴⁸ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 63.

¹⁴⁹ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 63.

Sustentabilidade – mede a capacidade de continuidade dos efeitos benéficos alcançados através do programa social, após o seu término;

Análise custo-efetividade – similar à idéia de custo de oportunidade e ao conceito de pertinência: é feita a comparação de formas alternativas da ação social para a obtenção de determinados impactos, para ser selecionada aquela atividade/projeto que atenda os objetivos com o menor custo;

Satisfação do beneficiário – avalia a atitude do usuário em relação à qualidade do atendimento que esta obtendo do programa;

Equidade – procura avaliar o grau em que os benefícios de um programa estão sendo distribuídos de maneira justa e compatível com as necessidades do usuário.¹⁵⁰

Como se pode ver, os critérios explicam o que se pretende medir, sendo os mesmos, porém, rarefeitos e abstratos, exigindo, para sua utilização, alguma densificação. Neste ponto, então, surgem os indicadores, os quais, na lição de Secchi, são “(...) *artifícios (proxies) que podem ser criados para medir input, output e resultado (outcome)*”¹⁵¹, ou, na visão de Costa e Castanhar são “(...) *formas específicas de operacionalização, já que constituem medidas indiretas, que devem ser calculadas a partir da identificação e quantificação dos resultados obtidos*”¹⁵². Em outros termos: os indicadores são a “*densificação*” dos critérios, ou seja, elementos capazes de permitir a aferição objetiva de algo que, antes, era abstrato, como, p. ex., a satisfação do usuário do programa, a equidade, ou outro elemento subjetivo qualquer.

Por fim, os padrões, ou parâmetros, são elementos que permitem referenciar, comparativamente, os indicadores, de molde a que se possa julgar o desempenho do programa á luz daquele indicador específico. Tais padrões, consoante Costa e Castanhar, podem ser:

Absolutos: as metas estabelecidas por um programa são consideradas como o padrão a ser alcançado e os desvios devem ser registrados e analisados;

Históricos: comparam resultados de um período com o obtido em períodos anteriores;

Normativos: compara o desempenho de um programa com outros similares ou com programas semelhantes realizados em outros níveis de governo, região ou no exterior;

Teóricos: são os estabelecidos na própria elaboração do programa, sob a hipótese de obtenção dos resultados esperados, dado os recursos disponíveis;

Negociados ou de compromisso: são aqueles que se baseiam em algum procedimento específico para sua fixação, geralmente decorrentes de acordo entre as partes envolvidas na gestão de programa e os formuladores.¹⁵³

Os mecanismos de avaliação e controle, aduz Secchi, “(...) *criam referências e permitem uma comparação espacial e temporal do problema e das políticas públicas*

¹⁵⁰ COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar, *in op. cit.* p. 972.

¹⁵¹ SECCHI, Leonardo, *in op. cit.*, p. 64.

¹⁵² COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar, *in op. cit.* p. 974.

¹⁵³ COSTA, Frederico Lustosa da e CASTANHAR, José Cezar, *in op. cit.* p. 975.

(...)”¹⁵⁴. Esta comparação dos indicadores obtidos a partir da avaliação da política pública com os padrões estabelecidos consubstancia a avaliação da política pública, momento em que se produz efetivo conhecimento sobre esta, o que “(...) *pode aumentar de forma significativa a sensibilidade e a percepção que os atores políticos têm sobre a política pública (...)*”¹⁵⁵.

Estabelecidos, desta forma, os principais elementos concernentes à Avaliação de Políticas Públicas (e não DA Política Pública, algo diverso e que não está sendo aqui tratado), chega o momento de explicitar quais as vinculações da noção de Políticas Públicas com alguns ramos específicos do Direito.

2.2. As Políticas Públicas se vinculam aos Direitos Fundamentais?

Tal como se passou com a apreciação dos inúmeros conceitos de Políticas Públicas, não há consenso acerca de uma teoria dos Direitos Fundamentais, existindo, ao revés, diversas “*Teorias dos Direitos Fundamentais*”. Não obstante eventuais divergências, inclusive quanto à questões terminológicas¹⁵⁶, todos aqueles que operam a partir do marco teórico do chamado “*Neoconstitucionalismo*”¹⁵⁷ concordam em afirmar que, no sistema jurídico, os Direitos Fundamentais, tais como estabelecidos na Constituição da República, assumem posição central e de extrema relevância. De acordo com Robert Alexy:

¹⁵⁴ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 65.

¹⁵⁵ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 65.

¹⁵⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, ao justificar o título de sua obra, assim se refere à questão: “No que concerne à terminologia e ao conceito adotados, a própria utilização da expressão ‘direitos fundamentais’ no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quando no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como ‘direitos humanos’, ‘direitos do homem’, ‘direitos subjetivos públicos’, ‘liberdades públicas’, ‘direitos individuais’, ‘liberdades fundamentais’ e ‘direitos humanos fundamentais’, apenas para referir algumas das mais importantes; Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado (...)” in SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27

¹⁵⁷ Luís Roberto Barroso, ao tratar da questão, afirma que “No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (...)” in BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial.

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. (...)

À fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. (...)

Com a tese das fundamentalidades formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico (...) ¹⁵⁸

Esta tese é adaptada ao Direito Constitucional positivo brasileiro por Ingo Sarlet, que parte das premissas postas por Alexy quanto às fundamentalidades formal e substancial, atingindo os seguintes resultados:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) (...); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (...) ¹⁵⁹

É justamente esta dupla fundamentalidade (formal/material) que permite que se reconheça aos Direitos Fundamentais não só um caráter subjetivo, isto é, de uma pretensão, pertencente à um sujeito de direito, à uma determinada prestação (dar, fazer ou não fazer), mas também um caráter **objetivo**, ou seja, o caráter de expressão de uma determinada escolha, ou mesmo opção valorativa diante de determinados fatos da vida. Em outros termos: a coletividade – agindo através do Estado – ao reconhecer determinado direito como revestido de caráter fundamental, também reconhece que aquele direito exprime uma determinada escolha, fundada em valores ¹⁶⁰, situação que, decerto, faz brotar diversas outras questões, tais como aquelas voltadas às teorias da

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520-523.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 74-75.

¹⁶⁰ Em longo verbete, Nicola Abbagnano conceitua valor como “O que deve ser objeto de preferência ou escolha, sendo utilizado desde a Antiguidade para indicar a utilidade ou o preço dos bens materiais e a dignidade ou o mérito das pessoas”. Para um estudo mais aprofundado, confira-se ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia, ed. revista e ampliada**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 989 e segs.

argumentação e à razão prática¹⁶¹, sendo esta também uma característica marcante do que se convencionou denominar Neoconstitucionalismo.¹⁶²

Conforme Alexy, esta postura de reconhecer, nos Direitos Fundamentais, uma “*tábua*” de valores¹⁶³ capazes de guiar as atividades estatais e a própria interpretação do direito¹⁶⁴ surge a partir de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão. Usando as palavras do próprio Tribunal, afirma-se que “(...) *as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência*”.¹⁶⁵ Já Canotilho alude à uma fundamentação objetiva dos direitos fundamentais, “(...) *quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária (...)*”¹⁶⁶, ao passo que Sarlet, descrevendo a posição da Corte Constitucional da Espanha, afirma que “(...) *os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins*

¹⁶¹ Antônio Cavalcanti Mais, ao tratar do Neoconstitucionalismo, faz menção ao aspecto normativo desta vertente, destacando justamente “(...) a problemática da razão prática, isto é, razão que (...) consiste em um conjunto de argumentos que justificam proferimentos prescritivos ou normativos, preferências, julgamento de valor ou normas. MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo*, in QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 23.

¹⁶² Para Ana Paula de Barcellos “Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional (...). BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*, in QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 799.

¹⁶³ Ricardo Lobo Torres afirma que os valores jurídicos compõem um sistema aberto, são objetivos e parciais, encontram-se em permanente interação, sem formação de uma escala hierárquica, tendem à polaridade, são analógicos, e se revestem de grau máximo de generalidade e abstração. Para maiores detalhes, ver TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, Vol. II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 42-43.

¹⁶⁴ O que, no entender de Ricardo Lobo Torres, permitiria o surgimento de uma nova “*jurisprudência dos valores*”, de inspiração marcadamente kantiana, configurando “(...) doutrina que reaproxima o direito da moral, reconhece a objetividade dos valores jurídicos e procura legitimá-los pelas vias epistêmicas e pragmáticas”. TORRES, Ricardo Lobo. *A Jurisprudência dos Valores* in SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 525.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, p. 1.256.

*diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (...)*¹⁶⁷

Esta expressão dos direitos fundamentais como valores fundantes da coletividade espalha-se por todo o ordenamento jurídico, permitindo a releitura dos institutos jurídicos à luz destes novos vetores interpretativos¹⁶⁸, e, mais do que isso, impondo o que Sarlet chama de “*eficácia dirigente*”:

(...) Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que – exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual – impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos (...)¹⁶⁹

Ora, se estes direitos fundamentais, como afirmado por Sarlet, impõem ao legislador uma determinada “*agenda*”, compostas de tarefas, fins e/ou programas, todos voltados à concretização de tais direitos fundamentais na esfera fática, resta inequívoco que estes direitos fundamentais compõem, na essência, uma “*agenda*” de políticas públicas. Neste sentido, Barcellos arremata:

Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como ‘políticas públicas’. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.¹⁷⁰

Na mesma linha, o conceito de políticas públicas descrito por Juarez Freitas, onde as políticas públicas se ligam, de forma umbilical, aos direitos fundamentais:

Nesse enfoque, reconceituam-se, com vantagem científica, as políticas públicas como aqueles programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 143.

¹⁶⁸ Como, p. ex., a releitura do poder de polícia administrativa feita por Juarez Freitas, para quem este poder de polícia administrativa passa a ser definido como uma “(...) limitação administrativa que visa a proteger e harmonizar direitos fundamentais de forma sistematicamente satisfatória (...)”, cf. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 208.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 146-147.

¹⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, in QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 804.

implementar de acordo com prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividades do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.¹⁷¹

Em outros termos: os direitos fundamentais, tal como estabelecidos na Constituição da República, impõem ao governo uma “*agenda*”, um “*roteiro*” acerca das medidas que devem ser implementadas pela Administração Pública. Mais do que isto, temos que os Direitos Fundamentais estabelecem também a **razão**, o **motivo**, pelo qual a Administração Pública deve agir através de Políticas Públicas: deve agir na medida em que as Políticas Públicas tornam reais, no mundo dos fatos, os Direitos Fundamentais previstos na Constituição. Esta é, justamente, a conclusão de Vanice Regina Lírio do Valle:

Se a constituição representa ‘(...) uma possibilidade de efetiva melhoria dos direitos cidadãos, tal como as normas o manifestam, e assim são uma promoção de mudanças (...)’, disso decorre que a problematização de determinados temas, identificados pela história nacional como prioritários, pode vir a se transportar para o texto constitucional, que promoverá a fixação, a partir desses mesmos problemas, de uma *agenda de ação* para o poder que ela – constituição – está a organizar e parametrizar na sua conduta e resultados desejados. (...)¹⁷²

Por óbvio, a Carta Constitucional não desce à minudências – que ficam à cargo do legislador ordinário ou até mesmo à cargo da própria Administração Pública -, estabelecendo apenas quais são os objetivos a serem perseguidos, de modo geral, pelos programas públicos¹⁷³. Os meios, recursos e parâmetros a ser utilizados para a consecução (e, eventualmente, medição) dos objetivos estabelecidos na Constituição são definidos ao longo do ciclo do Programa Público em questão, servindo os Direitos

¹⁷¹ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

¹⁷² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 61

¹⁷³ Consoante Freitas: “Em semelhante quadro, seria insuficiente conceber a discricionariedade como liberdade para emitir juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática de atos administrativos. Como enfatizado, as opções válidas *prima facie* não são indiferentes. Por isso, a discricionariedade administrativa é vista, convém reiterar, como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) dos programas públicos. Para ilustrar: a decisão de licitar é discricionária, todavia o edital será nulo se deixar de incorporar os critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica (CF, arts. 170, VI, e 225). Mais: qualquer sucessão de atos administrativos terá de ser sopesada em seus custos e benefícios diretos e indiretos, medidos com parâmetros qualitativamente estipulados (alheios à contraposição rígida entre as abordagens positivistas e pós-positivistas ou entre as filosofias consequencialista e deontologistas.) Desses pressupostos, brota o completo redesenho do modelo de atuação pública (e do correspondente controle), de maneira a introduzir, vedados particularismos e sem invalidar o espaço proporcional e razoável da deferência, as métricas capazes de propiciar a ponderação acurada de custos e benefícios globais, com o sensato sopesamento” in FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35-36.

Fundamentais como os “*pontapés*” que dão partida à realização dos Programas Públicos.

Porém, há mais um elemento que deve ser considerado neste contexto: toda ação da Administração Pública exige o dispêndio de recursos, sejam estes pecuniários, sejam recursos humanos, ou ainda outros quaisquer. Ou seja: além da vinculação com a Teoria dos Direitos Fundamentais, as Políticas Públicas também andam de mãos dadas com o Direito Financeiro.

2.3. As Políticas Públicas se vinculam ao Direito Financeiro?

Como vimos, os Direitos Fundamentais estabelecem o “*roteiro*” a partir do qual a Administração Pública implementa suas Políticas Públicas ou, colocando de modo diverso, as Políticas Públicas têm por finalidade a concretização, no mundo real, dos Direitos Fundamentais estabelecidos, no mais das vezes, na Constituição. Temos, com isso, estabelecido o “*porquê*”: **as Políticas Públicas são realizadas porquê são elas que tornam concretos os Direitos Fundamentais a serem exercidos pelos cidadãos.** Pode – se inclusive ir mais adiante e afirmar, com esteio em Freitas, que “*O poder público existe para os direitos fundamentais e para respeitar as prioridades constitucionais vinculantes*”¹⁷⁴. Vale dizer: só há necessidade de configurar um “*Poder Público*”, ou, melhor dizendo, um “*Estado*” e uma “*Administração Pública*” (uma organização coletiva) porque o conjunto de cidadãos que compõe a coletividade estabeleceu que determinados direitos (os apropriadamente denominados “*fundamentais*”) que devem ser atendidos prioritariamente. Inexistissem tais prioridades/direitos, cessaria a própria razão de ser do Estado enquanto organização coletiva.

Cabe-nos agora, portanto, indagar acerca do “*como*”: de que forma tais Políticas Públicas são realizadas? Quais são os meios utilizados para que estas Políticas Públicas aconteçam? Vejamos.

Régis Fernandes de Oliveira, invocando o conceito de “*necessidades públicas*” (bem próximo do conceito de Secchi de “*problema público*”) bem explicita a relação:

Com o agigantamento do Estado e sua intervenção em quase todas as atividades humanas, cresce a importância do estudo das *necessidades públicas*. Cuida-se, antes de tudo, para preenchimento do conceito, de uma *decisão política*. O Estado é quem vai

¹⁷⁴ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental** (...), *op. cit.*, p. 111.

dizer, para usar verbo vicário, no texto constitucional e nas leis posteriores, quais as necessidades que vai encampar como públicas.

(...) Em verdade, quando da entrada em vigor de texto constitucional, com a definição das estruturas políticas, das regras de competência, da repartição dos interesses, as pressões sociais e econômicas, os jogos de grupo, as conveniências ocasionais, os ideais religiosos, tudo entra em jogo, na batalha dos interesses, dando causa ou origem a um conglomerado de normas que passa a disciplinar a vida em sociedade. A definição constitucional deve, também, estabelecer quais os interesses que ao Estado incumbe zelar. A saber, na grande massa de possibilidade interventivas do Estado, tem ele o dever de atender a determinados interesses imediatos, que devem ser definidos na Constituição Federal e nas leis subseqüentes.

(...) Amplamente, pois, pode-se falar que tudo aquilo que incumbe ao Estado prover, em decorrência de uma decisão política, inserida em norma jurídica, é necessidade pública.¹⁷⁵

Vale colacionar também a lição introdutória de Caldas Furtado, bastante elucidativa:

O Estado, considerado como uma organização destinada a assegurar as condições universais de ordem social, tem a missão, que justifica sua existência, de prestar serviços para o cidadão. Não se concebe a idéia de Estado sem a conseqüente prestação dos denominados serviços públicos. Buscando esse objetivo, ele desenvolve atividades de natureza diversificada (políticas, sociais, administrativas, econômicas, etc.), favorecendo o homem nos mais diversos setores, tais como saúde, educação, meio ambiente, segurança, prestação jurisdicional, infraestrutura, urbanização, transporte, saneamento básico, previdência, assistência e inclusão social, dentre tantos outros.

Para seu desempenho, o Poder Público precisa de recursos pecuniários e de disciplina na aplicação desses recursos. Essa condição impõe ao ente público o exercício de uma atividade-meio, instrumental, que não cumpre função de atender diretamente à satisfação das necessidades da coletividade, mas possibilita o alcance dos fins colimados pelo Estado. É a atividade financeira que, de acordo com Rubens Gomes de Sousa, se desenvolve fundamentalmente em três campos: a receita, isto é, a captação de recursos, quer sejam obtidos por imposição, quer sejam criados diretamente pelo Estado; a gestão, que é a administração de tais recursos e a conservação do patrimônio público; e a despesa, ou seja, o emprego desses recursos para a realização dos fins visados pelo Estado. Hoje em dia, essa atividade-meio da Administração Pública se opera por intermédio de recebimentos e pagamentos feitos em moedas, daí a denominação atividade financeira.¹⁷⁶

Embora as afirmações feitas até aqui acerca da relação entre Políticas Públicas e Direito Financeiro possam parecer truísmos ou obviedades, normalmente os debates acerca da implementação e análise de Políticas Públicas deixam de considerar que mesmo os direitos fundamentais classificados pela doutrina como “*negativos*” são, na verdade, “*positivos*”, no sentido de que todos os direitos, sem exceção, exigem prestações estatais tendentes à sua garantia e realização, isso quando não solicitam a formação de toda uma estrutura institucional para sua fruição.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63-65.

¹⁷⁶ CALDAS FURTADO, J.R. **Direito Financeiro**, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 37.

Explica-se: a doutrina, ao classificar os direitos fundamentais, utiliza a noção de **gerações**, ou, mais recentemente, de **dimensões**, vinculando as diversas espécies de direitos fundamentais ao período histórico de seus respectivos surgimentos. Por esta razão que os direitos fundamentais são classificados pela doutrina em diversas “*dimensões*”¹⁷⁷, correspondendo aos direitos de 1ª dimensão aqueles surgidos nos albores do constitucionalismo, atinentes aos direitos de defesa em face da intervenção estatal, e aos de 2ª dimensão os concernentes a realização de prestações materiais, a fim de igualar os desiguais, os quais viriam a reboque do surgimento do *Welfare State*, momento em que a isonomia estritamente formal característica do período anterior foi abandonada em prol da consecução da isonomia material, o que exigiria do Estado a entrega de prestações materiais objetivando a consecução de direitos como saúde, educação, trabalho, moradia, etc.

À esta noção de dimensões de direitos, largamente utilizada pela doutrina, vincula-se a idéia de que os direitos de 1ª dimensão, isto é, os chamados “*direitos de liberdade*” ou “*direitos de defesa*”¹⁷⁸ seriam “*negativos*”, já que se concretizariam mediante uma simples abstenção estatal. Tal “*negatividade*” destes direitos surgiria posto que contraposta à “*positividade*” dos direitos de 2ª dimensão, os quais seriam “*positivos*” ante o fato de que exigiriam a entrega, pelo Estado, de prestações materiais. A utilização deste critério de separação de direitos fundamentais entre “*negativos*” e “*positivos*” termina por lançar um “*véu*” acerca de uma questão prévia: como já mencionado, os direitos ditos “*negativos*” – como, por exemplo, a liberdade de crença religiosa – exigem, no mínimo, o estabelecimento de uma estrutura institucional capaz de garantir a fruição destes direitos, quando não do estabelecimento de esquemas tendentes à coagir os entes recalcitrantes ao regular cumprimento destes mesmos direitos.

Veja-se, à guisa de exemplo, a questão do Direito de Resistência. Tal direito, consoante Buzanello, pode ser entendido a partir de dois conceitos operacionais, um político e outro jurídico:

¹⁷⁷ Veja-se, por todos, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560 e segs.

¹⁷⁸ De acordo com Canotilho “(...) a idéia central deste critério (...) seria a seguinte: direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado, e que têm como objecto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjetiva por eles definida e protegida (...)”, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *in op. cit.*, p. 399. A mesma idéia pode ser encontrada também em MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289 e segs.

a) direito de resistência é a capacidade de as pessoas ou os grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais;

b) direito de resistência é uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político e também de terceiros.¹⁷⁹

Trata-se, essencialmente, do direito de resistir ao cumprimento de norma jurídica injusta ou imoral, tanto assim que o citado autor conclui que “*O conceito de direito de resistência, para nós, sintetiza-se no conjunto harmonioso de princípios políticos e jurídicos que descumprem determinada obrigação jurídica para realizar a justiça e salvaguardar a dignidade humana*”¹⁸⁰. Contudo, a resistência, pura e simples, ao cumprimento de uma obrigação jurídica trará, via de regra, a imposição de uma sanção. Na verdade, o que o “*resistente*” busca é a possibilidade de descumprir o dever jurídico que entende injusto ou imoral sem que tal descumprimento resulte na imposição de uma sanção¹⁸¹. Neste caso, o “*resistente*” terá que buscar os meios processuais próprios para que a sanção seja afastada¹⁸², e, desta forma, o regular exercício do direito de resistência (direito este, por excelência, *negativo*) exige – como de resto, todos os demais direitos – a existência de, pelo menos, uma organização estruturada (o Poder Judiciário, a quem caberá o exame dos instrumentos processuais capazes de tornar lícita a resistência) para permitir o exercício de tal direito.

Na verdade, à luz da questão dos custos dos direitos, a distinção entre direitos “*negativos*” e “*positivos*” mostra-se inadequada. A lição é de Cass Sustein:

“*Onde há um direito, há um remédio*” é um aforisma legal clássico. Indivíduos desfrutam direitos, em sentido legal (oposto ao sentido moral), apenas se as injustiças que sofrem são resolvidas de forma justa e previsível por seu governo. Esse simples ponto bem aponta no sentido da inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. O que ele mostra é que todos os direitos legalmente exigíveis são direitos positivos.

Direitos são caros porque os remédios são custosos. Coerção é cara, especialmente coerção uniforme e justa; e os direitos legais são vazios de conteúdo na extensão em que permanecerem descumpridos. Formulando de forma diversa, quase todo direito implica um dever correlativo, e deveres somente são levados à sério quando a desobediência é punida pelo Poder Público utilizando-se dos cofres públicos. Não

¹⁷⁹ BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 150.

¹⁸⁰ BUZANELLO, José Carlos, *op. cit.*, p. 150-151.

¹⁸¹ Posto que a sanção, sendo substitutiva do cumprimento da obrigação, será tão, ou até mais, injusta, do que a obrigação cuja resistência se pretende empreender.

¹⁸² Consoante Buzanello: “A problemática dos direitos de tutela jurisdicional e de acesso à justiça se apresenta em dimensões de constante complexidade. Dos diversos procedimentos constitucionais políticos e jurídicos, chamam-nos a atenção a correspondente instrumentalização do direito de resistência por meio do direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações de inconstitucionalidade, mandado de injunção e ação popular (...)”, *in* BUZANELLO, José Carlos, *op. cit.*, p.283.

existem direitos exigíveis na ausência de deveres exigíveis, razão pela qual a lei só pode ser permissiva sendo simultaneamente obrigatória. Isso significa dizer que a liberdade individual não pode ser assegurada apenas pela limitação da interferência governamental com as liberdades de ação e de associação. Nenhum direito é simplesmente um direito de ser ignorado pelos agentes públicos. Todos os direitos são pretensões à uma resposta governamental positiva. Falando de forma descritiva, todos os direitos montam à titulações definidas e salvaguardadas pela lei. Uma ordem de abstenção baixada por um juiz cujas injunções são obedecidas de forma regular é um bom exemplo de “*intervenção*” governamental visando à preservação da liberdade individual. Mas o governo se envolve em um nível ainda mais fundamental quando legisladores e cortes judiciais definem os direitos que estes juízes podem tutelar. Cada “*não deverás*”, seja para quem for dirigido, implica uma concessão positiva de direito pelo Estado e um pedido legítimo de assistência dirigida à um agente do Estado.¹⁸³

O tema se torna ainda mais pertinente quando lembramos que boa parte – senão a totalidade – destes direitos, em virtude mesmo de sua jusfundamentalidade, encontra-se constitucionalizada, isto é, inserida ao longo da Constituição, revestindo-se, com isso, da condição de norma “*superior*”, o que termina por implicar na “*subordinação*” da Constituição às condições cambiantes do orçamento público. Sustain, citando o cientista político B. Guy Peters, aponta que “*(...) se os direitos têm custos, então, gostemos ou não, ‘políticas são trunfos’ (...) o que nos lembra do papel inevitável da escolha política na criação de orçamentos públicos*”¹⁸⁴.

Assim, sempre que houver um direito em jogo, teremos que considerar, necessariamente, qual será o custo, em dinheiro, para tornar tal pretensão uma realidade no mundo dos fatos. Do contrário, os “*direitos*” – principalmente os constitucionalizados - permanecerão meras abstrações constantes dos tomos legais,

¹⁸³ SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights – Why Liberties depend on taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999, p. 43-44: “*When there is a right, there is a remedy*” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way towards disclosing the inadequacy of the negative/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law. A cease-and-desist order handed down by a judge whose injunctions are regularly obeyed is a good example of government ‘intrusion’ for the sake of individual liberty. But government is involved at an even more fundamental level when legislatures and courts define the rights that such judges protect. Every thou-shalt-not, to whomever it is addressed, implies both an affirmative grant of right by the state and a legitimate request for assistance addressed to an agent of the state”.

¹⁸⁴ SUSTEIN, Cass R., *op. cit.*, p. 121: “*If rights have costs then, like it or not, ‘politics are trumps’ to use political scientist B. Guy Peters aphoristic reminder of the inevitable role of political choice in the creation of public budgets*”.

“vítimas” daquilo que Luís Roberto Barroso denominou “*insinceridade normativa*”¹⁸⁵, ou ainda, permanecerão envoltas, como aduz Juarez Freitas, nas “(...) *nuvens espessas das promessas não cumpridas*”¹⁸⁶. Tal situação, insustentável no longo prazo, leva à desvalorização da Constituição como documento fundante e, conseqüentemente, ao “*barateamento*” dos direitos e garantias fundamentais, os quais poderão ser vistos pelos cidadãos como “(...) *pretensões que poderão ser honradas ou não, a depender dos recursos disponíveis no momento*”¹⁸⁷ e, por isso mesmo, não tão “*fundamentais*” assim.

Tão situação, no limite, levará à subordinação dos direitos fundamentais – cujo exercício é essencial para a liberdade e para a dignidade da pessoa humana – à política, solapando justamente a principal finalidade destes mesmos direitos fundamentais, já que tais direitos são considerados “*fundamentais*” justamente por servirem como “*barreiras*”, “*trunfos*” às variações políticas diárias e ao embate entre maiorias e minorias¹⁸⁸. Como tais direitos poderão servir de “*trunfos*” se sua inflexibilidade – isto é, a possibilidade de serem exercidos, ainda que coercitivamente, através do concurso de agentes públicos – estiver constantemente sob a ameaça de cortes orçamentários e falta de recursos?

Sustein usa como exemplo o sistema de justiça criminal norte-americano¹⁸⁹, mas as lições decorrentes podem ser aplicadas à qualquer sistema jurídico atuante a partir de instituições:

¹⁸⁵ Consoante Barroso “Não é incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. (...) Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente relevantes”, in BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61.

¹⁸⁶ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

¹⁸⁷ SUSTEIN, Cass R., *op. cit.*, p. 121: “*Indeed, by labeling as ‘constitutional rights valuable services that we cannot afford to deliver, we may even cheapen traditional American liberties in the eyes of citizens, who will begin to see constitutional rights as claims to be honored or not, depending on resources available at the time’.*”

¹⁸⁸ A noção de direitos fundamentais como “*trunfos*” aparece na obra de Ronald Dworkin. Colhe-se do citado autor: “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detém. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano” in DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XV.

¹⁸⁹ O que, a nosso sentir, torna o exemplo ainda mais eloquente quanto às questões dos custos e das escolhas, se compararmos a descrição feita pelo citado autor do sistema prisional norte-americano com as condições e característica de que se reveste o nosso sistema prisional.

Proteger os direitos dos presos, mesmo que de forma modesta, é custoso. Para evitar tratamento degradante, celas de prisão devem ser ventiladas, aquecidas, iluminadas e limpas. A comida fornecida na prisão deve prover um mínimo nutricional. A Oitava Emenda determina que os guardas e agentes penitenciários providenciem condições minimamente humanas de confinamento. Um agente prisional viola um direito constitucional quando a privação alegada é, objetivamente, ‘suficientemente séria’ e se ele agir com ‘indiferença deliberada’ à saúde e segurança do detento. Apenas no sistema prisional federal, custos médicos atingiram o valor de \$53 milhões em 1996. Autoridades não podem segregar detentos da população geral da prisão sem usar procedimentos justos. Oficiais institucionalmente posicionados para penalizar abuso flagrante (como homicídio ou tortura) devem ‘monitorar os monitores’. E para assegurar acesso ao processo de apelo, autoridades prisionais devem prover os detentos com ‘bibliotecas de direito adequadas ou assistência adequada de pessoas treinadas em Direito’.

Em outras palavras, o direito de ser tratado decentemente no sistema de justiça criminal – pela polícia, promotores, juízes, agentes penitenciários e oficiais de livramento condicional – pressupõe o poder de superiores burocráticos de punir e deter condutas inapropriadas de subalternos. Procedimentos devem ser estabelecidos e responsabilidades delegadas para determinar a legalidade ou ilegalidade da detenção. Os direitos a serem exercidos pelos interrogados são os deveres que podem ser exigidos dos interrogantes. Os direitos dos detentos são os deveres dos guardas e agentes. Proteger direitos no sistema de justiça criminal americano requer supervisão do aparato de cumprimento da lei. Qualquer que seja sua atitude diante da burocracia, defensores dos direitos não podem ser consistentemente antiburocráticos, pois a polícia e os agentes penitenciários agem de maneira mais adequada quando monitorados do que quando não observados. E pessoal de supervisão de segundo nível devem ser treinado de forma adequado e receber salários condizentes com a função.

O custo de treinar e monitorar agentes penitenciários é uma ilustração concreta da indispensável contribuição da comunidade tributada para a proteção das liberdades individuais. De fato, é mais familiar a ideia de que os direitos tutelados em nosso sistema de justiça criminal são puramente negativos, como direitos contra o governo, como escudos contra o abuso policial, ministerial ou de custódia. Mas a atenção aos custos dos direitos deve nos ajudar a focar a atenção no outro lado da moeda, mais exatamente nas formas de ação estatal exigidas para que os direitos dos suspeitos e detidos sejam uma realidade palpável ao invés de uma mera promessa no papel. Da mesma forma, é importante enfatizar, não se pode dizer que os direitos protegidos pelo sistema de justiça criminal são apenas a proteção de criminosos, ou mesmo daqueles injustamente acusados. Cidadãos comuns dependem, para sua proteção em face do Estado e por isso mesmo para sua chamada liberdade negativa, no treinamento e monitoramento da polícia, custeados pelos contribuintes de tributos.¹⁹⁰

¹⁹⁰ SUSTEIN, Cass R., *op. cit.*, p. 78-79: “*Protecting prisoner’s rights, even quite modestly, is costly. To avoid degrading treatment, prison cells must be ventilated, heated, lit, and cleaned. Prison food must provide minimal nutrition. The Eighth Amendment demands that prison wardens and guard provide minimally humane conditions of confinement. A prison official violates a constitutional right where the deprivation alleged is, objectively, ‘sufficiently serious’ and if he acts with ‘deliberate indifference’ to inmate health and safety. In the federal prison system alone, medical care costs ran to \$53 million in 1996. Authorities cannot segregate inmates from the general prison population without using fair procedures. Officials institutionally positioned to penalize flagrant abuses (such as murder or torture) must ‘monitor the monitors’. And to assure access to the appeals process, prison authorities must provide prisoners with ‘adequate law libraries or adequate assistance to persons trained in the law’. In other words, the right to be treated decently in the system of criminal justice – by police, prosecutors, judges, prison guards, and probation officers – presupposes the power of bureaucratic superiors to punish and deter misconduct by subordinates. Procedures must be established and responsibility assigned for determining the legality or illegality of detention. The enforceable rights of the interrogated are the*

A tríplice relação entre Políticas Públicas, Teoria dos Direitos Fundamentais e Direito Financeiro pode ser agora facilmente percebida: a pauta de ações estatais, que se consubstanciam nas diversas Políticas Públicas realizadas pelo Estado, nos mais diversos campos (saúde, educação, segurança, transportes, etc.) é determinada pelos Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição da República, o que significa dizer que as Políticas Públicas, observadas no seu aspecto material, têm por objetivo concretizar os Direitos Fundamentais estabelecidos em favor dos cidadãos. Tal concretização, independentemente do direito que se cogita concretizar/garantir/fruir, exige o dispêndio de recursos financeiros, razão pela qual o Estado deve desempenhar algum tipo de atividade financeira, disciplinando, através do Direito Financeiro, tanto a coleta dos recursos necessários à consecução das Políticas Públicas (principalmente através da tributação e da exploração dos bens públicos), como a administração e o posterior desembolso destes recursos pecuniários (através das regras orçamentárias estabelecidas também na Constituição da República).

Basta, para que se perceba tal fato, alguns exemplos: no âmbito da educação, mostra-se necessária a contratação – e o conseqüente pagamento – de professores. Para uma política de saúde, haverá a necessidade de aquisição de medicamentos, bem como o pagamento de médicos. Uma política pública de segurança poderá exigir o dispêndio de recursos financeiros em material de monitoramento, e, como não poderia deixar de ser, no pagamento de pessoal apto à utilizar tais equipamentos. À toda evidência, onde houver Política Pública, haverá dispêndio estatal, ainda que apenas a título de fomento da atividade privada.

Ora, se, como vimos, os recursos pecuniários utilizados na consecução de Políticas Públicas advém, principalmente, da tributação, fica claro que, ao fim e ao cabo, é a coletividade que “*banca*” a realização dos Direitos Fundamentais, através dos

enforceable duties of the interrogators. The rights of prisoners are the duties of wardens and guards. Protecting rights within the American criminal justice system requires oversight of the law-enforcement apparatus. Whatever their attitude towards red tape, defenders of rights cannot be consistently antibureaucratic, for police and prison guards behave more decently when monitored than when unwatched. And second-level supervisory personnel must be given adequate training and paid a living wage. The cost of training and monitoring correctional officers is a concrete illustration of the indispensable contribution of the tax-paying community to the protection of individual liberties. True, it is more familiar to style the rights protected within our criminal justice system as purely negative, as rights against the government, as shields from police and prosecutorial and custodial abuse. But attention to the cost of rights should help us focus attention on the other side of the coin, namely on the forms of state action required for rights of suspects and detainees to be a palpable reality rather than a mere paper promise. Not, it is important to emphasize, are the rights protected by the criminal justice system solely protections of criminals, or even of the wrongly accused. Ordinary citizens depend, for their protection against the state and thus for their so-called negative liberties, on the taxpayer-funded training and monitoring of the police”.

recursos retirados da sociedade pelo Estado¹⁹¹. Esta mesma coletividade espera, *grosso modo*, algum tipo de “*retorno social*” decorrente do seu investimento¹⁹², bem como eficiência e eficácia quanto ao mesmo, sendo certo ainda que se pode também perceber, no gasto público, uma forma de redistribuição de renda¹⁹³. Assim sendo, resta claro o interesse que a coletividade tem (ou, ao menos, deveria ter) na Avaliação de Políticas Públicas – afinal, ninguém gosta de ver seu “*dinheiro*” desperdiçado, e, neste ponto, a *Policy Evaluation* e os Tribunais de Contas podem ter algo à contribuir. Passemos à questão.

2.4. O papel atual dos Tribunais de Contas quanto às Políticas Públicas (*Evaluation/Auditoria*)

É sabido que, no contexto geral da Reforma do Estado – não só aqui no Brasil, mas também no exterior – a função avaliativa de programas públicos ganhou importância, justificando-se: (i) a partir da necessidade de modernização da estrutura estatal; (ii) a partir da exigência de *accountability* dos agentes públicos envolvidos no processo de concretização dos direitos fundamentais através da ação estatal coordenada e (iii) a partir da expectativa de que as avaliações, ao fornecerem conhecimento sobre os processos estatais, permitissem uma maior racionalização e legitimidade dos programas. Pimenta de Faria, apoiando-se na lição de diversos autores, afirma o seguinte:

¹⁹¹ Outra questão – que tangencia o tema do presente estudo e por isso não será aqui abordado em pormenores – diz respeito à divisão dos ônus decorrentes da atuação estatal em prol dos direitos fundamentais, vale dizer: quais os grupos sociais que devem arcar com os custos da atuação estatal e em que proporção? Trata-se do debate acerca da justiça da tributação – quais os estratos sociais que devem arcar com a maior parte do ônus financeiro da atividade estatal - e da função redistributiva do dispêndio público – o “*reverso da moeda*” da justiça da tributação, onde se afirma que as políticas públicas devem ser direcionadas justamente para os estratos sociais menos capazes de arcar com os custos destas atividades estatais. Para maiores detalhes, confira-se MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101 e segs. e SUSTEIN, Cass R., *in op. cit.*, p. 204 e segs..

¹⁹² De acordo com Sustain: “Assim, remanesce uma questão perturbadora: são os investimentos correntes na concretização de direitos sábios ou tolos? São eles justos ou injustos? Em uma democracia, presumivelmente, investimentos públicos são feitos pelos cidadãos contribuintes com a antecipação de bons retornos sociais, entendidos estes de modo amplo. São os nossos retornos então verdadeiramente bons ou mesmo aceitáveis?” *in* SUSTEIN, Cass R., *op. cit.*, p. 230 (A tradução é nossa)

¹⁹³ Mendes da Silveira, apoiado na lição de Baleeiro, ensina que: “Se pelo aspecto econômico o Estado, através da atividade financeira, retira parte da riqueza gerada pelo particular para a realização de suas atribuições e ao mesmo tempo devolve ao mercado recursos quando gera despesas (aquisição de material de consumo, pagamento por uma obra pública, etc), sob o aspecto social pode ser vista nesta atividade uma forma de redistribuição de renda quando a arrecadação leva em conta a capacidade contributiva (ou seja, quem tem mais contribui mais do que quem tem menos), por um lado e leva ao justo e equitativo gasto público, por outro (...)”, *in* MENDES DA SILVEIRA, Alexandre Magno. **O Direito Fundamental à Saúde e o Direito Financeiro**, *in* DOMINGUES, José Marcos (org.). **Direito Financeiro e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 143.

Como destacado por diversos autores, a medição e a avaliação do desempenho governamental e das políticas públicas tornaram-se parte integral da agenda de reformas dos anos de 1980 e 1990, as quais, como se sabe, estiveram longe de se circunscrever aos países latino-americanos. Tanto por razões pragmáticas como ideológicas (...) o desenho dessas reformas privilegiou dois propósitos básicos. Em primeiro lugar, a adoção de uma perspectiva de contenção dos gastos públicos, de busca de melhoria da eficiência e da produtividade, de ampliação da flexibilidade gerencial e da capacidade de resposta dos governos, bem como de maximização da transparência da gestão pública e de responsabilização dos gestores em um processo no qual o “consumidor” dos bens e serviços públicos estaria, supostamente, em primeiro plano. O segundo propósito ou expectativa é de que tais reformas pudessem contribuir para uma reavaliação da pertinência das organizações governamentais preservarem todo o seu leque tradicional de atribuições, prevalecendo um contexto de valorização da provisão privada de bens e serviços.¹⁹⁴

À luz desta motivação, fica clara a importância que os Tribunais de Contas têm hoje, no que toca à avaliação e na auditoria de programas públicos: a partir desta atividade de avaliação, as Cortes de Contas podem obter economias significativas de recursos públicos para a consecução das metas pretendidas (sem que haja, de outro lado, redução na qualidade dos serviços prestados), obedecendo assim ao comando constante do art. 37¹⁹⁵ da CRFB, que coloca a eficiência¹⁹⁶ como uma das diretrizes a serem seguidas na atuação da Administração Pública¹⁹⁷. Além disto – e considerando que a eficiência, à luz do Direito, não é conceito estritamente econômico¹⁹⁸ – os Tribunais de

¹⁹⁴ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política da Avaliação de Políticas Públicas, *in Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS*, Vol. 20, nº 59. São Paulo: ANPOCS, 2005, p. 99-100.

¹⁹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

¹⁹⁶ De acordo com Antônio Carlos Flores de Moraes “No âmbito do Direito Administrativo, devem ser consideradas como características da Eficiência: 1. Direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; 2. Imparcialidade; 3. Neutralidade; 4. Transparência; 5. Participação e aproximação dos serviços públicos da população; 6. Eficácia; 7. Desburocratização; 8. Busca da qualidade (...)”. MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 212-213.

¹⁹⁷ É importante destacar, acerca do princípio constitucional da eficiência, que este não se divorcia, em momento algum, da legalidade, mas atua dentro desta; vale dizer, o gestor público, diante de diversas alternativas, todas legais, deve escolher a mais eficiente dentre elas, não lhe sendo dado adotar opções ilegais, somente por força do resultado que se possa produzir, pois, do contrário, rompido estaria o imperativo categórico kantiano, em virtude da sobreposição dos meios sobre os fins.

¹⁹⁸ A lição é de Emerson Gabardo: Devido a uma grande influência da teorização econômica de Vilfredo Pareto, a eficiência dificilmente consegue livrar-se do seu pejo economicista. Mas é um duplo equívoco asseverar que a eficiência é um conceito exclusivamente econômico. Primeiro, porque sua etimologia é independente de qualquer conotação intrinsecamente econômica (no sentido moderno do termo, ou seja, com denotação plutocrática), referindo-se exclusivamente a uma atividade racional, destinada a encontrar os melhores meios para a obtenção otimizada dos fins almejados. Segundo, porque, ainda que fosse um conceito intrínseca, exclusiva e inafastavelmente econômico, perderia tal significação ao ser absorvido e condicionado pela ordem jurídica. No Direito, a eficiência assume uma caracterização inesoravelmente particular, como bem sintetiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto: ‘A ‘eficiência’ para o tecnocrata tem sentido mais restrito que a eficiência juspolítica: para aquele, basta o atingimento ótimo dos objetivos a que imediatamente se propõe o agir do Estado. Para o Direito e para a Política a eficiência tem mais duas dimensões: a legalidade – conformar-se externamente à lei – e a legitimidade – atender ao interesse

Contas, a partir das avaliações que realizam, podem contribuir para a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República, finalidade última de toda a estrutura estatal.

Neste aspecto, o principal instrumento disponível aos Tribunais de Contas é a competência para realizar inspeções e auditorias, nos termos do art. 71, IV¹⁹⁹ da CRFB. Conforme explica Marcos Nóbrega, as inspeções “(...) são procedimentos efetuados pelas Cortes de Contas com o objetivo de suprir lacunas, dúvidas, bem como apurar denúncias e demais procedimentos de caráter mais célere”²⁰⁰, ao passo que as auditorias consubstanciam “(...) uma atuação sistemática, seguindo rigores legais preestabelecidos e que representam uma visão abrangente do órgão auditado, quando aos aspectos contábeis, financeiros, patrimoniais e de gestão”²⁰¹.

No âmbito das auditorias, tem-se que a chamada **Auditoria de Natureza Operacional** (ANOP), também denominadas **Auditoria Operacional, de Performance** ou **de Desempenho**, é a ferramenta utilizada para que os Tribunais de Contas realizem a avaliação das políticas públicas sob sua jurisdição. Gustavo Massa Ferreira Lima apresenta as principais distinções entre esta modalidade de auditoria e a auditoria tradicional. Confira-se:

A Auditoria Tradicional é centrada no cumprimento dos procedimentos administrativos, materializado em normas cogentes que padronizam tarefas, estabelecendo competências hierarquizadas para cada agente público, num rígido controle, característico do modelo burocrático. O objetivo é detectar desvios das normas e responsabilizar o gestor que provocar dano ao erário ou que não agir em conformidade com princípio da estrita legalidade, daí a nomenclatura Auditoria de Conformidade. Nesse tipo de fiscalização, ligada intimamente ao modelo burocrático, a preocupação é com o cumprimento das normas, pouco importando o resultado alcançado. A responsabilização, em geral, é centrada no ordenador de despesas, que nada mais é do que o agente público que tem a competência para assinar a ordem de pagamento, encerrando a última fase da realização da despesa pública (empenho, liquidação e pagamento).

(...) A ANOP é a maneira através da qual os TCs fiscalizam a boa aplicação dos recursos públicos, analisando o desempenho da Administração Pública, mensurando e comparando os resultados alcançados com os resultados planejados nos programas de governo.

público. GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 91.

¹⁹⁹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

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;

²⁰⁰ NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 80.

²⁰¹ NÓBREGA, Marcos, *op.cit.* p. 80.

Diferentemente das Auditorias Tradicionais, o foco não se restringe à legalidade, investigam-se também critérios de economia, eficiência, eficácia, efetividade e equidade. O objetivo da ANOP é contribuir para a melhoria da transparência e do desempenho da ação governamental propondo recomendações e mudanças na maneira de gerir o patrimônio público, e não punir o gestor incapaz.

(...) Outra diferença importante é quanto aos procedimentos e rotinas. Nas Auditorias Tradicionais, eles são perfeitamente definidos em programas de auditoria padronizados; já nas ANOPs, o planejamento é dinâmico e flexível, modificando-se no decorrer do trabalho. O objeto de controle, os critérios de investigação e as ferramentas de coleta e análise de dados são parâmetros relativamente abertos, a serem determinados pelos próprios auditores a cada novo trabalho.²⁰²

Trata-se, portanto, de uma modalidade de auditoria que, voltada especificamente para as diretrizes da Administração Gerencial, busca investigar e verificar não só a conformidade dos atos do gestor público com as formalidades legais, mas também – e principalmente – se as atividades da Administração Pública efetivamente atingem os objetivos propostos, à saber, a realização dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, como o Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União – TCU define a auditoria operacional: “*Auditoria operacional (ANOp) é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública*”.²⁰³

A própria definição de auditoria operacional estabelecida pelo Tribunal de Contas da União funda-se naquilo que se convencionou denominar **Auditoria de Performance**, ou **de Desempenho**, tal como fixada pelo organismo internacional de cooperação das entidades de auditoria superior. De acordo com a **Organização Internacional de Instituições Superiores de Auditoria – INTOSAI**, uma auditoria de desempenho:

(...) centra-se em determinar se as intervenções públicas, programas e instituições se desenvolvem em conformidade com os princípios de economia, eficiência e eficácia, e se existem áreas de melhoria. O desempenho é examinado consoante critérios adequados e, por conseguinte, envolve a análise das causas dos desvios perante estes critérios ou outros problemas. O seu objetivo é responder às perguntas-chave da auditoria e fornecer recomendações para a melhoria.²⁰⁴

²⁰² LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78-80.

²⁰³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília: TCU, 2010, p. 11.

²⁰⁴ No original: “*Se enfoca en determinar si las intervenciones, programas e instituciones se desempeñan en conformidad con los principios de economía, eficiencia y eficacia, y si existen áreas de mejora. El desempeño se examina contra los criterios adecuados; por ende, conlleva el análisis de las causas de las desviaciones de estos criterios u otros problemas. Su objetivo es responder a preguntas clave de auditoría y proporcionar recomendaciones de mejora*”. INTOSAI. ISSAI 100 – Principios Fundamentales de Auditoría del Sector Público. Viena, 2013, p. 5.

Duas são as espécies de ANOP: **auditoria de desempenho operacional e avaliação de programa**. Flores de Moraes aduz que a auditoria de desempenho operacional tem por objetivo examinar “(...) *em que medida as organizações governamentais estão operando de forma econômica, eficiente, eficaz e trata de aspectos relacionados à práticas antieconômicas e ineficientes, cumprimentos de metas previstas, aquisição, proteção e utilização dos recursos de órgãos e entidades e cumprimento de dispositivos legais*”²⁰⁵. O foco, na auditoria de desempenho operacional, é o processo interno de gestão do órgão auditado.

Já a avaliação de programa pode ser definida como a Auditoria de Natureza Operacional que “(...) *tem por objetivo avaliar a efetividade do programa ou projeto governamental, bem como a economicidade, eficiência, eficácia e equidade de sua implementação. Esta modalidade tem como foco o exame da efetividade, a exprimir a relação entre os resultados – impactos observados - e os objetivos – impactos esperados. É, na verdade, um plus em relação à auditoria de desempenho operacional, na medida em que busca aferir os resultados práticos da intervenção governamental.*”²⁰⁶ Em outros termos: o que se persegue é a aferição dos resultados práticos e concretos da intervenção da Administração Pública, com a comparação entre os resultados esperados no início do programa público e os resultados efetivamente produzidos. Dentre os aspectos dos programas que são analisados nestas auditorias, estão:

- a) a adequação e a relevância dos objetivos;
- b) a consistência entre os objetivos e as necessidades previamente identificadas;
- c) a consistência entre as ações desenvolvidas e os objetivos estabelecidos;
- d) as conseqüências globais para a sociedade; e
- e) a relação de causalidade entre efeitos observados e política proposta.²⁰⁷

Diante disto, é possível afirmar que as Auditorias de Natureza Operacional, tal como as Políticas Públicas, seguem um ciclo próprio, dentro dos Tribunais de Contas, iniciando-se com a seleção do objeto (órgão/programa/instituição) a ser auditado, seguido de um estudo de viabilidade, onde se estabelece a possibilidade de auditoria e os tópicos a serem abordados, o planejamento das ações de auditoria (definição do escopo da auditoria e elaboração dos procedimentos de coleta de dados) e a execução da auditoria (com trabalho de campo e posterior elaboração da Matriz de Achados). Após a

²⁰⁵ MORAES, Antônio Carlos Flores de, *op. cit.* p. 230.

²⁰⁶ MORAES, Antônio Carlos Flores de, *op.cit.* p. 230.

²⁰⁷ LIMA, Gustavo Massa Ferreira, *op. cit.* p. 83.

execução da auditoria, mas antes de sua apreciação pela Corte de Contas, o gestor público auditado é também chamado à tecer seus comentários acerca dos elementos encontrados na execução. Reunidos todos estes elementos, o Tribunal aprecia, através de seu colegiado, o Relatório de Auditoria, dando, na seqüência, publicidade ao relatório (de maneira a assegurar o controle social) e, se for o caso, procede ao monitoramento do programa (com vistas à assegurar a efetiva resolução dos achados de auditoria encontrados).

Trata-se, portanto, de um sistema que, pelo menos à uma primeira vista d'olhos, permite que os Tribunais de Contas, quando for o caso, corrijam o rumo dos programas públicos que eventualmente não estejam produzindo os resultados deles esperados, ou ainda aprimorem tais programa, seja para que estes produzam melhores resultados quantitativos e/ou qualitativos, ou ainda para que produzam os mesmos resultados, com menor investimento de recursos. Isto porque, consoante Bruno Wilhelm Speck, tal sistema – ao contrário do sistema clássico de controle das “*prestações de contas*” – produz informação nova, desconhecida da própria Administração:

O segundo tipo de controle encontramos sob a denominação de “investigações e auditorias”. Nesse caso, as informações necessárias para avaliar os atos controlados são inventariadas pela própria equipe de investigadores. Esse trabalho permite menos estandardização, e requer uma definição individual do rol de dados a serem levantados para cada auditoria. Dependendo do enfoque da investigação, o tipo de dados arrolados muda em cada auditoria. O trabalho de averiguação é conduzido basicamente pelos investigadores do Tribunal, e requer um investimento pesado para se entender parcialmente o funcionamento dos órgãos ou programas controlados. A redução da complexidade da administração e a elaboração de parâmetros de avaliação estão a cargo da equipe de investigação. Essa equipe ainda pode trabalhar com base em documentos fornecidos ou requisitados, mas, na prática, a investigação *in loco* faz parte do programa de auditoria. A proximidade da fonte de dados é um elemento necessário à investigação. A auditoria diverge da verificação fundamentalmente quanto à profundidade alcançada pela avaliação. O grau maior de profundidade de investigação e o entrosamento maior com a complexidade própria a cada órgão impõem uma abordagem necessariamente seletiva. Uma equipe que realiza uma auditoria em um programa do governo terá um trabalho imensamente maior do que aquela que verifica uma prestação de contas do mesmo programa. Outra característica da auditoria é ela tender a produzir dados que constituem informações novas para a própria administração ou para o programa auditorado. **A análise da eficiência, comparando-se vários modelos organizacionais presentes em diferentes repartições, para resolver o mesmo tipo de problema, frequentemente constitui um fato novo que não era do conhecimento da administração. Sendo os fatos investigados desconhecidos, eles tampouco têm um poder normativo sobre a administração.**²⁰⁸

²⁰⁸ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União**, p. 146. Disponível em https://www.academia.edu/3810444/Bruno_Wilhelm_Speck_Inova%C3%A7%C3%A3o_e_rotina_no_Tribunal_de_Contas_da_Uni%C3%A3o, acesso em 08.03.2015. O grifo é nosso.

Além disto - e já nos encaminhando para a conclusão – o sistema de controle externo de políticas públicas, realizado através da avaliação de programas públicos pode, a nosso sentir, superar as críticas que são feitas, pelos estudiosos da *Policy Evaluation*, em relação à determinados aspectos destas.

Uma das principais críticas dirigidas à avaliação de Políticas Públicas diz respeito ao uso “*simbólico*” (ou, melhor dizendo, político) dos resultados obtidos pela avaliação. Na medida em que uma avaliação encontrar resultados aquém do esperado para determinado programa público, poderá haver aqueles que, por uma razão ou por outra, contestem as conclusões obtidas no âmbito da avaliação. Da mesma forma, diversos fatores – além da eventual resistência daqueles que participam e/ou se beneficiam do programa avaliado – podem interferir na avaliação. Pimenta de Faria cita alguns:

(...) existência de crenças e interesses conflitantes na organização que gerencia o programa; ocorrência de conflitos de interesses entre as distintas unidades do programa; mudança do pessoal encarregado, quando, por exemplo, os novatos têm prioridades diferentes daquelas vigentes na época do início da avaliação; eventual inflexibilidade das regras e dos padrões operacionais da organização encarregada que pode impedir a adoção das recomendações feitas quando da avaliação; e mudanças nas condições externas, tais como cortes orçamentários e alterações no ambiente político, que podem tornar impossível para a organização responder a necessidade de mudança revelada pelos avaliadores.²⁰⁹

Secchi também faz menção à alguns destes fatores, apontando, com fulcro em Seal, Ball e depois em Faria, um aparente “*mascamamento*” do debate político através de argumentos técnicos utilizados na avaliação:

A própria resistência daqueles que são avaliados também é um obstáculo. As agências governamentais ou não governamentais responsáveis pela implementação de uma política pública podem contestar os critérios, os indicadores e os padrões, caso estes sejam estabelecidos por órgãos externos. Mesmo quando a avaliação é feita pela própria agência, seus funcionários podem sentir a avaliação como um exercício invasivo e, por conseqüência, resistir ao processo.

(...) Existem muitos interesses em jogo em um momento de avaliação da política pública. Os usuários, os partidos políticos, os patrocinadores políticos e econômicos da política pública, as agências responsáveis pela sua execução e os atores encarregados pela avaliação são alguns desses portadores de interesses.

Apesar de a tarefa de avaliação ser levada a cabo com uso de ferramental técnico, as avaliações produzem informações que podem ser utilizadas instrumentalmente na disputa política. Um aparente mascaramento do debate político por meio de avaliações técnicas foi percebido por Seal e Ball (2005) em uma pesquisa sobre modernização da gestão pública em municípios britânicos. Essa utilização instrumental para persuasão política também é reconhecida por Faria (2005). A manipulação da opinião pública a

²⁰⁹ FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A Política da Avaliação de Políticas Públicas, in **Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS**, Vol. 20, nº 59. São Paulo: ANPOCS, 2005, p. 102.

favor ou contra o desempenho de uma política sempre existiu, assim como pode existir a manipulação dos mecanismos de avaliação.²¹⁰

Não se nega que as avaliações de políticas públicas – e, dentro destas, as auditorias e avaliações de programas levadas à efeito pelos Tribunais de Contas – poderão ser utilizadas para fins políticos, ou mesmo como “*medida de desempenho global*” de um determinado competidor na seara eleitoral (e a avaliação do programa público, que é, por natureza, **parcial** - no sentido de que o programa avaliado representa apenas parte das ações empreendidas por determinado gestor - é tomada como a **totalidade** das ações empreendidas por este gestor, como se o todo pudesse ser avaliado pela parte). Contudo, esta constatação não retira o valor intrínseco das avaliações levadas à cabo pelos Tribunais de Contas, na medida em que este uso “*simbólico*” é inevitável, e ocorreria mesmo se tais avaliações fossem feitas por entidade diversa, seja ela pública ou privada. A nosso sentir, o fato da avaliação ser realizada por um órgão público, e, mais do que isso, com estatura constitucional deve implicar na redução do valor “*simbólico*” da avaliação (já que não se poderá dizer que as Cortes de Contas, **exclusivamente por cumprirem sua função constitucional**, tenham o objetivo de apontar erros ou defeitos deste ou daquele gestor individualmente considerado), com conseqüente destaque para as demais utilidades da avaliação, e, principalmente, para o uso instrumental da avaliação, ou seja, como efetiva ferramenta na consecução dos direitos fundamentais.

Como se isso não bastasse, impende ainda mencionar que, embora os Tribunais de Contas sejam descritos, pela doutrina, de modo geral, como órgãos políticos – por força, principalmente, da forma como vêm sendo levadas à cabo as nomeações para os cargos de Ministros e Conselheiros – as avaliações de programas feitas pelos Tribunais são realizadas por órgãos eminentemente **técnicos e impessoais**²¹¹ existentes nestas Cortes. As próprias nomeações, embora políticas – no sentido de que podem recair sobre qualquer pessoa - devem seguir determinados parâmetros jurídicos postos pela CRFB (art. 73, §§1º e 2º, incisos I e II)²¹², o que significa dizer que as nomeações, embora políticas, são limitadas pelo Direito.

²¹⁰ SECCHI, Leonardo, *op. cit.* p. 65-66.

²¹¹ Conforme art. 37, *caput* da CRFB.

²¹² Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. .

§ 1º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

Assim sendo, é importante separar as conclusões técnicas atingidas pela auditoria/avaliação das eventuais conseqüências políticas (*rectius*: eleitorais) decorrentes das avaliações feitas pelos Tribunais de Contas, destacando as finalidades instrumentais, conceituais e “*de esclarecimento*” da avaliação, em detrimento de sua finalidade persuasiva²¹³. Em outros termos: por força do art. 37 da CRFB, as avaliações de programas realizadas pelos Tribunais de Contas devem ser consideradas – interna e externamente – exclusivamente pelo seu conteúdo técnico e impessoal, não sendo o caso de se atalhar as conclusões atingidas acerca de um determinado programa público apenas e tão somente em razão de questões eleitorais, as quais, embora importantes, não podem se colocar diante da realização e concretização dos direitos fundamentais, finalidade última e razão da existência do Estado.

A diminuição do valor “*simbólico*” (eleitoral) das avaliações e sua maior valorização enquanto elemento instrumental de atuação dos Tribunais de Contas poderá levar à um reforço da reputação dos Tribunais de Contas como efetivos órgãos de controle e auditoria. Na lição de Bruno Speck:

Além de desfrutar dos benefícios de uma reputação fortalecida como órgão de controle, os TCs podem ainda reforçar este mecanismo com diferentes ações. A relação de parceria com a sociedade é primordial nestas ações:

- Será mais difícil para um órgão responsável pela execução das multas e débitos definidos pelos auditores procrastinar a cobrança, se os TCs tornassem públicas as informações sobre a cobrança executiva junto à sociedade.
- Terá mais custo político para um governador ou prefeito ter as suas contas reprovadas pelo TC, como também será mais custoso para o Legislativo contrariar o parecer do TC onde este se dirige à sociedade para defender a sua opinião técnica sobre as contas.
- Será mais difícil que a efetiva aplicação de sanções pelos TCs seja procrastinada por meio da contestação judicial das decisões dos TCs quando erros formais se tornarem a exceção.
- Será mais difícil para a justiça eleitoral desconsiderar as listas dos inelegíveis dos TCs quando estas decisões estiverem respaldadas por uma instituição reconhecida e amplamente disponíveis para acesso dos cidadãos e da mídia.²¹⁴

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

²¹³ Conforme FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de, *op. cit.*, p. 102-103.

²¹⁴ SPECK, Bruno, Wilhelm. **Estratégia para melhorar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com a Sociedade Civil – Uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados Brasileiros**, disponível em <

Cabe-nos agora dar um passo adiante e examinar como a noção de legitimidade, constante do art. 70 da CRFB, pode adicionar importantes dimensões à atividade de controle externo, permitindo que esta atividade supere a mera verificação da conformidade do ato controlado com a legislação (vale dizer: superar o “*império*” da legalidade estrita) e passe a contemplar, sobretudo, a necessária correlação entre dispêndio público, direitos fundamentais e ação pública, transformando os Tribunais de Contas no “*ponto de encontro*” entre Direito, Economia, Política e Moralidade.

https://www.academia.edu/5628718/Bruno_Wilhelm_Speck_Estrat%C3%A9gia_para_melhorar_o_relacionamento_entre_Tribunais_de_Contas_Estaduais_com_a_Sociedade_Civil_Uma_estrat%C3%A9gia_para_aumentar_a_efic%C3%A1cia_da_auditoria_governamental_nos_Estados_brasileiros>, acesso em 08.03.2015.

3. O que seria “Controlar a partir da Legitimidade”?

A pergunta lançada no título é, sabemos, de difícil resposta, na medida em que os Tribunais de Contas – destinatários dos parâmetros de controle constantes do art. 70 da CRFB, já descrito – têm utilizado com pouca frequência a noção de **legitimidade** para fundamentar suas ações de controle externo. Isto, na prática, diminui a eficácia da política pública de controle externo, além de, a nosso sentir, retirar-lhe uma dimensão importante (talvez a mais importante) de incidência.

Isso acontece, dentre outros motivos, porque se desconhece a extensão do campo semântico, no contexto do art. 70 e seguintes da CRFB, da ideia de legitimidade. Destarte, torna-se muito fácil desempenhar as atividades de controle externo a partir dos dois outros parâmetros de controle - legalidade e economicidade – citados no art. 70 da CRFB, deixando a noção de legitimidade em segundo plano, uma vez que os conceitos já utilizados teriam o condão de abarcar, ainda que de maneira mais fluida, alguns elementos que comporiam a legitimidade. Vale citar, por exemplo, lição corrente na doutrina, onde se afirma que a atuação do princípio da moralidade administrativa poderia ser controlada a partir da “*legitimidade*” inscrita no art. 70 da CRFB:

A competência para o controle da moralidade administrativa pelas Cortes de Contas (...) advém do *caput* do art. 70 da Constituição, que estabelece que a fiscalização das Cortes será quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. O controle da moralidade administrativa está mais precisamente referido, conforme explicitado, no que tange à legitimidade, que diz mais com a análise de aspectos éticos dos atos praticados.²¹⁵

Em outra situação, a noção de legitimidade informa regra interpretativa específica do Direito Administrativo, concernente à presunção de legalidade e veracidade dos atos emanados do Poder Público:

Assim, o princípio da legitimidade ou da veracidade, também cognominado por princípio da presunção de legalidade, caracteriza-se pela existência de uma presunção *juris tantum*, relativa, portanto, de veracidade e legalidade de todos os atos praticados pelo Poder Público. Dessa maneira, como bem acentua Alexandre de Moraes, ‘os atos, condutas e decisões administrativas, por serem considerados verdadeiros e legais, são de execução imediata, e podem criar deveres e obrigações para o particular, independentemente de sua aceitação’

Estes aspectos antes mencionados impõem uma leitura pouco profunda acerca do que venha a ser a noção de legitimidade: no primeiro caso, se a moralidade encontrasse imbricada no princípio de legitimidade, seria necessário admitirmos que a mera

²¹⁵ BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 142.

legalidade não é suficiente para o controle das condutas antiéticas provenientes da Administração, o que, decerto, não se coaduna com a postura mais moderna acerca da ideia de legalidade²¹⁶. No segundo caso – ao se afirmar que a legitimidade sustenta a presunção de veracidade dos atos administrativos – reduz-se a legitimidade ao conceito de legalidade, pois tal presunção, na verdade, decorre do raciocínio clássico acerca da legitimidade (exposto no subitem 1.4.3): é legal tudo aquilo que é legítimo, sendo legítimo apenas aquilo que provém do consenso (personificado no Poder Legislativo).

Não nos parece que a legitimidade – no contexto do art. 70 da CRFB – admita apenas estas duas dimensões. Ao contrário, trata-se de princípio preche de consequências para a atividade de controle externo, e para o exame das políticas públicas em particular. Nesta toada, pois, trataremos, em primeiro plano, de tentar definir, tanto quanto possível, a extensão semântica do conceito de legitimidade (sendo necessário, neste ponto, um exame, ainda que rápido, do conceito de Estado-Nação, de maneira a demonstrar a superação da noção de legitimidade como consenso oriundo da homogeneidade político-cultural), para, em seguida, mostrar como a legitimidade pode servir, ao mesmo tempo, como parâmetro da ação de controle externo da Administração Pública e como fundamento das atividades de controle. Feitas estas considerações, buscaremos explorar – sem a pretensão de esgotar tema tão rico de significados – as possibilidades de controle externo a partir da legitimidade e os limites estabelecidos pela própria Constituição da República ao controle fundado na legitimidade.

3.1. A Erosão do conceito – Legitimidade em tempos de Globalização

Recuperando todo o descrito no subitem 1.4.3 do presente trabalho, temos que a Ciência Política, de modo geral, conceitua a noção de Legitimidade como à existência de um consenso, na sociedade, de que as ordens emanadas de uma determinada autoridade política devem ser cumpridas espontaneamente, sem que o Estado tenha que recorrer ao uso da força para impor obediência. Este consenso, este acordo acerca da necessidade de cumprir as ordens provenientes de uma autoridade significaria que o exercício de tal autoridade estaria revestido de Legitimidade, isto é, seria legítimo²¹⁷. À

²¹⁶ Confira-se, por todos, FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**, 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009 e MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

²¹⁷ Confira-se, por todos, BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 675.

toda evidência, falar de legitimidade é, consoante Leitão Adeodato, sempre uma “(...) tentativa para justificar certo tipo de ação política, isto é, estabelecer uma ponte entre as expectativas dos destinatários e determinada orientação na condução da comunidade (...)”²¹⁸. Consoante o citado autor:

(...) já que aqueles que exercem efetivamente esse poder de condução formam uma minoria em relação aos que obedecem, é preciso que estes sejam convencidos de que não há necessidade de uma constante aplicação da força para manter a convivência, em que pesem desigualdades na divisão do bolo social e na participação política. Em segundo lugar, esse papel, tradicionalmente desempenhado pela legitimidade, é também exigido pelo fato de que toda orientação impingida aos rumos da política é arbitrária, no sentido de que só existe decisão diante de várias alternativas possíveis. Em terceiro lugar, as normas de condução entram em conflito com a conduta efetiva quando transgredidas: este conflito e a necessidade de seu controle ressaltam o caráter repressivo do direito e reforçam as exigências de legitimação.²¹⁹

Trata-se, como também já descrito, de conceito intimamente vinculado à ideia de Estado-Nação, na medida em que, ao longo da história, o principal ente revestido de legitimidade era, justamente, a organização estatal ligada à Nação, originariamente uninacional, isto é, culturalmente homogêneo, sendo certo que esta homogeneidade cultural servia como elemento produtor do consenso. Torna-se importante, então, um exame prévio da evolução do conceito de Nação, sendo correto afirmar que este é um conceito que passou por diversas mutações ao longo da história, desde o início da sua utilização no discurso político até os dias atuais, deixando de ter uma acepção estritamente linguística-cultural (de onde provém, oriundo do romantismo alemão de Herder e Fichte²²⁰), para passar a ter um significado de ordem política, onde a ideia de Nação como fundamento do poder político se entrelaça com a ideia de Estado como organização jurídica exercente da soberania. Com efeito, Bobbio assim conceitua Nação:

Normalmente a Nação é concebida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais e portanto eternos — ou pelo menos existentes *ab immemorabili* — e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do Estado nacional. As dificuldades se apresentam quando se busca definir a natureza destes laços, ou, pelo menos, identificar critérios que permitam delimitar as diversas individualidades nacionais, independentemente da natureza dos laços que as determinam.²²¹

²¹⁸ LEITÃO ADEODATO, João Maurício. **O problema da Legitimidade no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 1.

²¹⁹ LEITÃO ADEODATO, João Maurício, *op. cit.*, p. 1

²²⁰ Conforme BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 795.

²²¹ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 796.

Já apontando para as raízes da necessidade futura de reconfiguração, ao salientar a questão das diversas identidades nacionais que podem - ao menos em tese - coexistir em uma mesma Nação, Bobbio explicita os elementos que compõe a ideia de Nação:

Em primeiro lugar, a ideia de "laços naturais" sugere, de imediato, a ideia de raça: com efeito, a identificação entre Nação e raça tem sido comum até à época do nazismo e permanece ainda hoje, embora na maioria dos casos de maneira implícita, o que é comprovado pelo testemunho das definições que os dicionários oferecem deste termo. Ora, não é preciso demorar muito para demonstrar que o termo "raça" não possibilita a identificação de grupos que possuem limites definidos e que, de qualquer forma, as classificações "raciais" tentadas pelos antropólogos — mediante critérios que variam para cada pesquisador ou estudioso — de maneira alguma coincidem com as Nações modernas.²²²

Destarte, tentar definir o que vem a ser uma Nação a partir da raça – conceito que é controverso até mesmo entre os antropólogos – não resolve de forma satisfatória o enigma, tal como apontado pelo próprio Bobbio. Superada esta tese, uma outra possibilidade seria definir a Nação a partir de certas características culturais compartilhadas pelos grupos nacionais, tais como linguagem, religião, hábitos e costumes. Tais grupos formariam “*pessoas coletivas*”, que corresponderiam à Nação, a qual teria uma “*vida própria*”, diferente da vida dos elementos que a compõem. Esta hipótese é também refutada, nos seguintes termos:

É evidente que também esta segunda forma de representação não chega a ser nem o início de uma explicação. Com efeito, por um lado, o conceito de "pessoa coletiva", de "organismo vivo", etc., não possui significação alguma na medida em que tenha a pretensão de caracterizar algo não explicável mediante comportamentos individuais, constatáveis empiricamente. E, por outro lado, os critérios utilizados para delimitar a amplitude destes "organismos" normalmente não identificam grupos que coincidem com as atuais Nações. Basta lembrar que muitas Nações são plurilíngues e que muitas línguas são faladas em várias Nações, que, além disso, o monolíngüismo de determinadas Nações, como a França ou a Itália, não é algo original nem espontâneo, e sim, pelo menos em parte, um fato político, fruto da imposição a todos os membros de um Estado, pelo poder político, de uma língua falada apenas numa porção deste Estado, com a conseqüente decadência dos dialetos e das línguas originais, às vezes até línguas com grandes tradições literárias, como por exemplo o provençal; e, finalmente, que os costumes — a maneira de viver — de regiões próximas, embora pertencentes a Nações diferentes que limitam entre si, são, geralmente, bem mais parecidos do que os costumes de regiões geograficamente situadas nas extremidades opostas da mesma Nação; e assim por diante.²²³

Importante ressaltar que o “*fato político*” da hegemonia cultura forçada, apontado por Bobbio, não se refletiu apenas internamente, com a formação de uma cultura homogênea que serviu de sustentáculo à formação do Estado-Nação, mas teve também repercussões externas, a partir da consolidação da soberania estatal,

²²² BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 796.

²²³ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 796.

principalmente a partir do Tratado de *Westphalia*. Tal soberania estatal – a reivindicação do monopólio do poder político incidente sobre determinado território – era elemento inexistente na Idade Média, sendo certo ainda afirmar que esta mesma soberania tornou-se, ao longo da história, no traço marcante do Estado-Nação. A lição é de Hirst e Thompson:

O Estado moderno não adquiriu seu monopólio de governabilidade por seus próprios esforços internos. Após o Tratado de Westphalia, em 1648, os governos deixaram de apoiar os correligionários em conflito com seus próprios Estados. O reconhecimento mútuo, pelos Estados, da soberania de cada um dos outros no mais importante assunto contemporâneo, na crença religiosa, significava que os Estados consentiam em renunciar a certos objetivos políticos em troca de controle e estabilidade internos (Limm, 1984). Explorando a autonomia com respeito à interferência externa, sancionada por esse acordo mútuo e internacional, os Estados eram, assim, capazes de ‘impor’ soberania em suas sociedades. O acordo dos Estados mudava os termos do conflito entre autoridade territorial e grupos confessionais em favor da primeira. Assim, em um grau insignificante, a capacidade de soberania veio de fora, por meio de acordos entre Estados na recém-emersa sociedade de Estados.

Portanto, o crescimento do Estado moderno como um poder territorialmente específico e politicamente dominante dependia, em parte, dos acordos internacionais. A doutrina da ‘soberania’ dos Estados na nova lei internacional e o reconhecimento mútuo de seus poderes e direitos internos pelos Estados europeus desempenhou, assim, um papel central na criação de uma nova relação entre poder e território, uma relação de domínio exclusivo (Hinsley, 1986). Esses entendimentos internacionais tornaram possível uma ‘internalização’ do poder e da política dentro do Estado.

(...) Assim, a essa soberania fundamental postulada pelos Estados do século XVII poderia ser acrescentada, sem grandes contradições, a maior parte das outras características da política moderna. Os Estados eram autônomos e exclusivos possuidores de seu território, independentemente de serem dinásticos ou nacionais, autocráticos ou democráticos, autoritários ou liberais. A noção de um Estado ‘nação’ realmente reforça a concepção de um poder soberano que tem primazia dentro de um determinado território. O nacionalismo é, em essência, uma declaração de que o poder político deveria refletir homogeneidade cultural, de acordo com uma série comum de entendimentos políticos historicamente específicos do que satisfaz a nação.

Assim, o nacionalismo amplia e aprofunda o campo de ‘soberania’: requer certos tipos de conformidade cultural do cidadão.²²⁴

Como se vê, pois, o Estado-Nação clássico fundou-se em uma contradição: embora a cultura de um determinado grupo não sirva, *per si*, para definir o que é uma Nação, o fato político da homogeneização cultural forçada – e reforçada pela recém-adquirida soberania – terminou servindo justamente para caracterizar o Estado-Nação em sua forma clássica, como Estado uninacional: a França, caracterizada pela cultura dos franceses (mesmo que isso signifique a extinção da cultura provençal), a Espanha, caracterizada pela cultura dos espanhóis (mesmo que isso signifique a extinção da

²²⁴ HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. **Globalização em Questão – A Economia Internacional e as Possibilidades de Governabilidade**, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 265-266.

cultura basca), a Alemanha, caracterizada pela cultura alemã (fundada, essencialmente, na cultura da antiga Prússia, em detrimento dos demais caracteres culturais), e assim sucessivamente. Não obstante o “*fato político*” da homogeneidade cultural forçada, o Estado-Nação tornou-se a forma dominante de organização política ao redor do globo²²⁵. Held e McGrew afirmam que:

O moderno Estado-Nação não apenas se tornou o principal tipo de governo político em todo o globo, como também assumiu cada vez mais, desde a descolonização e o colapso do império soviético, uma forma política particular, ou seja, cristalizou-se como uma democracia liberal ou representativa (Potter et al., 1997). (...)

Num levantamento do panorama político do fim do século XX, há boas razões, no dizer dos céticos, para pensarmos nesse período como a era do Estado-nação moderno. É que, em muitos lugares, os Estados reivindicaram cada vez mais o monopólio do uso legítimo da força e da regulamentação jurídica, criaram forças militares permanentes como símbolo do estadismo e como meio de garantir a segurança nacional, consolidaram mecanismos fiscais e redistributivos, estabeleceram infra-estruturas nacionais de comunicação, procuraram sistematizar uma língua nacional ou oficial, elevaram os níveis de alfabetização e criaram sistemas nacionais de ensino, promulgaram uma identidade nacional e construíram um conjunto diversificado de instituições políticas, econômicas e culturais nacionais. (...)²²⁶

Portanto –e este é um dos pontos defendidos por aqueles que propugnam o declínio do Estado-Nação, pelo menos em sua forma clássica – a construção e consolidação do Estado-Nação não pode ser creditada unicamente à movimentos sociais espontâneos, no sentido da unicidade da organização política. Muito pelo contrário, houve estímulo para que tal organização passasse a existir, inclusive através da homogeneização cultura forçada. Em outras palavras: a semente que deu origem ao Estado-Nação carrega, em si, a gênese de sua desagregação.

Pois bem. O desenvolvimento econômico e a exportação de bens culturais – duas características da onda globalizante – pode implicar na desagregação – ou, melhor dizendo, na necessidade de reconfiguração – da ideia clássica de Estado-Nação como

²²⁵ Talvez o “sucesso” da forma organizacional “Estado-Nação” possa ser creditado à possibilidade da mesma ser “transplantada” para uma diversidade de terrenos sociais. Ana Maria Gorosito Kramer, apoiada em Anderson, menciona que “*Según Anderson, la nación y su consecuencia, el nacionalismo, son artefactos culturales ‘capaces de ser transplantados, con diferentes grados de autoconciencia, a una gran diversidad de terrenos sociales, combinándose con una amplísima variedad de constelaciones políticas e ideológicas’ (1983:14). La nación ‘es una comunidad política imaginada, soberana y limitada (Op. Cit.: 15). Es imaginada como una comunidad porque, a despecho de la real desigualdad y explotación que pueda prevalecer en ella, la nación es siempre concebida como una cofradia profunda y horizontal. Fundamentalmente es a causa de esta fraternidad que há sido posible, em los dos siglos pasados, para muchos millones de personas, no solo matar, sino desear morir por eses limites imaginários (id.: 16)’, in KRAMER, Ana Maria Gorosito. Identidad, Cultura y Nacionalidad in BAYARDO, Rubens e LACARRIEU, Mónica. **Globalizacion e Identidad Cultural**. Buenos Aires: Ediciones CICCUS, 1997, p. 108.*

²²⁶ HELD, David e MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 27-28.

“*lar de uma única cultura*”. Tal questão já era prefigurada por Bobbio, no verbete “*Nação*” de seu Dicionário de Política:

VII. A SUPERACÃO DAS NAÇÕES. — Se a Nação nada mais é do que a ideologia do Estado burocrático centralizado, a superação desta forma de organização do poder político implica a desmistificação da idéia de Nação. Existem fundamentos concretos para esta desmistificação. É um dado de fato que a atual evolução do sistema de produção na parte industrializada do mundo, após ter levado à dimensão “nacional” o âmbito de interdependência das relações pessoais, está atualmente ampliando este âmbito, tendencialmente, para além das dimensões dos atuais Estados nacionais e aponta, com uma evidência cada vez mais direta, para a necessidade de se organizar o poder político em níveis continentais e conforme modelos federativos. É, portanto, previsível que a história dos Estados nacionais esteja chegando ao fim e que esteja para começar uma nova fase em que o mundo se organizará em grandes espaços políticos federativos.

Porém se o federalismo significa o fim das Nações no sentido até aqui definido, significa também o renascimento, ou o revigoramento, das nacionalidades espontâneas que o Estado nacional abafa ou reduz a meros instrumentos ideológicos a serviço do poder político, e, conseqüentemente, a volta àqueles autênticos sentimentos gregários dos quais a ideologia nacional se fez única detentora e que foram por ela transformados em valores dependentes.²²⁷

Destarte, em primeiro plano se coloca a natureza “*construída*” da nacionalidade, a qual, para surgir, exige que outras posturas culturais com ela competidoras sejam sufocadas. Logo após, impende também atentar para o fato de que, nos dias atuais, a soberania dos Estados-Nação não é capaz de abarcar uma série de fenômenos jurídicos, econômicos e sociais não se submetem mais à jurisdição estatal, principalmente em função da forte interligação econômica e social ocasionada pela onda globalizante. Como se isso não bastasse, o poderio econômico de grandes organizações empresariais (as chamadas “*multinacionais*” ou “*transnacionais*”) muitas vezes suplanta a própria capacidade produtiva dos Estados, efetivamente subordinando a política econômica nacional aos interesses específicos destas corporações. Tal fenômeno é apontado também por Ferrajoli, que denuncia uma “*inversão*” na relação entre política e economia, colocando a política “*de joelhos*” ante os poderes econômicos:

(...) o esvaziamento das formas representativas da democracia e a fragilização do papel normativo do direito – é o produto de uma inversão da tradicional relação entre política e economia, entre Estado e mercado, entre público e privado. Produziu-se, nestes últimos anos, uma silenciosa revolução institucional. Não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política. Não são mais os Estados, com as suas políticas, que controlam os mercados e mundo dos negócios, impondo as suas regras, limites e vínculos, mas são os mercados financeiros, quer dizer, alguns milhares de especuladores e algumas agências privadas de *rating*, que controlam e governam os Estados. Não são mais os governos e os parlamentos democraticamente eleitos que regulam a vida econômica e social em função dos interesses públicos gerais, mas são as potências invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que

²²⁷ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 798-799.

impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais, em benefício de interesses privados e especulativos (...)²²⁸

Esta inversão nas “*regras do jogo*” entre Política e Economia, e conseqüentemente entre Direito e Economia²²⁹, consoante Ferrajoli, ocorre por quatro diferentes razões: uma assimetria nas relações entre o caráter local do poder estatal e o caráter global do poder econômico; o suporte oferecido pelas ideologias liberais à concepção das liberdades econômicas como fundamentais e das leis de mercado como naturais; a relação confusa entre poderes políticos e econômicos manifestada pelas múltiplas formas de corrupção, lobbies e modos escusos de financiamento de campanhas políticas²³⁰ e, finalmente, pela subordinação, em muitos países, da Constituição Econômica à tratados internacionais, como no caso da União Européia²³¹.

Todos estes elementos se combinam e se reforçam mutuamente, reduzindo drasticamente a liberdade de ação dos Estados. O resultado disto, segundo Held e McGrew é “(...) *uma mudança nos custos e benefícios relativos de adotar opções políticas diferentes. Os Estados sofrem uma diminuição adicional do poder porque a expansão das forças transnacionais reduz o controle que cada governo pode exercer sobre as atividades de seus cidadãos e dos outros povos (...)*”²³². De acordo com os citados autores:

Neste contexto, muitos dos campos tradicionais da atividade e da responsabilidade estatais (defesa, administração econômica, saúde e segurança) já não podem ser atendidos sem a institucionalização de formas multilaterais de colaboração. Com o aumento das demandas feitas ao Estado nos anos do pós-guerra, o Estado viu-se diante de toda uma série de problemas políticos que não podem ser satisfatoriamente resolvidos sem a cooperação com outras nações e com agentes não estatais (Keohane, 1984; McGrew, 1992). Por conseguinte, os Estados já não podem ser concebidos, isoladamente, como as unidades políticas apropriadas para resolver grandes problemas políticos ou para gerir com eficiência uma vasta gama de funções públicas.²³³

À este fenômeno de soberania “*compartilhada*” do Estado-Nação corresponde, na seara cultural, à um aumento da velocidade e da expressão das comunicações internacionais, a qual, movida pelos avanços tecnológicos obtidos desde a expansão

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 149.

²²⁹ Identificada por Emerson Gabardo como um “*fetichismo econômico*” que ocasiona o desprestígio da justiça, cf. GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado – Uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político**. São Paulo: Manole, 2003, p. 141 e segs.

²³⁰ Nosso contexto nacional está repleto de situações deste tipo, sendo de revelo mencionar os escândalos do “*Mensalão*” e do “*Petrolão*”, ambos amplamente noticiados na imprensa e, ambos vinculados, na essência, a questão do financiamento para campanhas eleitorais.

²³¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 149-153.

²³² HELD, David e MCGREW, Anthony, *op. cit.*, p. 34-35.

²³³ HELD, David e MCGREW, Anthony, *op. cit.*, p. 35.

ultramarina europeia até os dias de hoje, termina por modificar substancialmente o contexto das culturas nacionais, as quais – mesmo homogeneizadas, por força do estabelecimento do Estado-Nação, que, lembremos, depende de uma posição cultural hegemônica para se estabelecer em um dado território²³⁴ – passam a receber influxos externos. A lição de Held e McGrew, embora longa, é pertinente. Confira-se:

Enquanto a ascensão dos Estados-Nação e dos projetos nacionalistas intensificou a formação e a interação culturais dentro de terrenos políticos circunscritos, a expansão ultramarina das potências europeias ajudou a enraizar novas formas de globalização cultural, com inovações nos transportes e nas comunicações, em especial o transporte mecânico regular e o telégrafo. Esses avanços tecnológicos ajudaram o Ocidente a se expandir e permitiram que as filosofias laicas surgidas no fim do século XVIII e no século XIX – em especial a ciência, o liberalismo e o socialismo – se difundissem e transformassem o contexto cultural de quase todas as sociedades do planeta.

As culturas populares contemporâneas talvez ainda não tenham tido um impacto social que se equipare a isso, mas, segundo afirmam os globalistas, a simples escala, intensidade, velocidade e volume das comunicações culturais globais de hoje são insuperáveis. (...) Nada, nem mesmo o fato de todos falarmos línguas diferentes, pode deter o fluxo das ideias e culturas (...).

A parte sua escala, o que impressiona na globalização cultural de hoje é o fato de ser impulsionada por empresas, e não por países. As empresas, dizem os globalistas, substituíram os Estados e teocracias como produtores e distribuidores centrais da globalização cultural. As instituições privadas internacionais não são novas, mas seu impacto de massa o é. (...).

Para os globalistas, a existência de novos sistemas globais de comunicação está transformando as relações entre os locais físicos e as circunstâncias sociais, bem como alterando a “geografia situacional” da vida política e social (Meyrowitz, 1985). Sendo assim, rompe-se o elo tradicional entre o “ambiente físico” e a “situação social”. As fronteiras geográficas são superadas à medida que os indivíduos e coletividades vivenciam acontecimentos e fenômenos muito distantes. Além disso, elaboram-se novos entendimentos, traços comuns e estruturas de sentido sem um contato direto entre as pessoas. Como tais, eles podem servir para desvincular ou desinsereir as identidades de determinados momentos, lugares e tradições, exercendo um “impacto pluralizante” na

²³⁴ A lição é de Zygmunt Bauman: “A identidade nacional, permita-me acrescentar, nunca foi como as outras identidades. Diferentemente delas, que não exigiam adesão inequívoca e fidelidade exclusiva, a identidade nacional não reconhecia competidores, muito menos opositores. Cuidadosamente construída pelo Estado e suas forças (ou ‘governos à sombra’ ou ‘governos no exílio’ no caso de nações aspirantes – ‘nações *in spe*’, apenas clamando por um Estado próprio), a identidade nacional objetivava o direito monopolista de traçar a fronteira entre ‘nós’ e ‘eles’. À falta do monopólio, os Estados tentaram assumir a incontestável posição de supremas cortes passando sentenças vinculantes e sem apelação sobre as reivindicações de identidades litigantes. Tal como as leis dos Estados passaram por cima de todas as formas de justiça consuetudinária, tornando-as nulas e inválidas em caso de conflito, a identidade nacional só permitiria ou toleraria essas outras identidades se elas não fossem suspeitas de colidir (fosse em princípio ou ocasionalmente) com a irrestrita prioridade da lealdade nacional. Ser indivíduo de um Estado era a única característica confirmada pelas autoridades nas carteiras de identidade e nos passaportes. Outras identidades, ‘menores’, eram incentivadas e/ou forçadas a buscar o endosso-seguinte-de-proteção dos órgãos autorizados pelo Estado, e assim confirmar indiretamente a superioridade da ‘identidade nacional’ com base em decretos imperiais ou republicanos, diplomas estatais e certificados endossados pelo Estado. Se você fosse ou pretendesse ser outra coisa qualquer, as ‘instituições adequadas’ do Estado é que teriam a palavra final. Uma identidade não-certificada era uma fraude. Seu portador, um impostor – um vigarista (...). BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 28-29.

formação da identidade e produzindo uma variedade de identidades unidas por hifens, que são “menos fixas ou unificadas” (Hall, 1992, p. 303, 309). Embora cada uma tenha uma vida local, as maneiras como as pessoas entendem o mundo vêm sendo cada vez mais interpenetradas por acontecimentos e processos provenientes de contextos variados. As culturas híbridas e as empresas de comunicação transnacionais penetraram significativamente nas culturas nacionais e nas identidades nacionais. Como resultado, a situação cultural do Estado moderno se transforma (cf. McLuhan, 1964, Rheingold, 1995).

(...) Os fluxos culturais estão transformando a política da identidade nacional e a política da identidade em termos mais gerais. Esses fenômenos têm sido interpretados por alguns teóricos globalistas como algo que cria um novo sentido de participação e vulnerabilidade globais, que transcende os compromissos de fidelidade ao Estado-nação, isto é, a “meu país, esteja ele certo ou errado” (...) ²³⁵

Assim, diante do fenômeno da globalização, percebe-se, de forma clara, que o modelo de Estado-Nação uninacional – ou seja, aquele que se funda na ideia de homogeneidade cultural – não terá mais condições de subsistir, sob pena de fragmentação interna e talvez até mesmo litígios externos. Há a necessidade, pois, de uma reconfiguração, um redesenho dos arranjos institucionais do Estado-Nação, de maneira a que este possa abarcar, dentro de si, as múltiplas identidades dos sujeitos, que não mais se reconhecem apenas e tão somente na face do “*cidadão nacional*”. Exige-se, pois, que o Estado-Nação deixe de ser “*uninacional*” (ou seja, composto apenas por uma Nação, considerada esta como um grupo culturalmente homogêneo) e passe a ser “*pluriétnico*”, admitindo a heterogeneidade cultural decorrente, não só, mas principalmente, da onde globalizante.

Trata-se, sem dúvida, de um problema recente, cujas possibilidades de solução encontram-se ainda em construção, e que exigiria ainda outros debates e estudos, até que se possa vislumbrar como “*reconstruir*” o Estado-Nação e no que isso implica ²³⁶.

²³⁵ HELD, David e MCGREW, Anthony, *op. cit.*, p. 44-47.

²³⁶ Não obstante, importa citar aqui, à guisa de conclusão quanto ao tema específico, a posição de Álvaro Reinaldo de Souza, que, ao tratar especificamente da questão indígena brasileira, apoia-se em Habermas e aponta o pluralismo jurídico como um caminho possível para o redesenho do Estado-Nação: “Esta, pois, a questão-chave: como construir um modelo de Estado no qual o Estado nacional – aí situado o Estado nacional brasileiro – se admita como pluriétnico e multi-societário. Imaginamos que com base no pluralismo jurídico, isto é, com fundamento de que o Estado não é a única organização a produzir direito. Mas, diferentemente de outros autores, pensamos que a reconceituação desse novo Estado, face as condições políticas e históricas de construção do tipo de Estado nacional latino-americano, e sua dependência tanto das oligarquias locais quanto dos interesses globais, passa pela admissão de uma outra ordem jurídica, construída por dentro, e não em paralelo competitivo com a ordem estatal. Tal encontra apoio em HABERMAS, para quem, embora exista - inscrita no auto-entendimento do Estado-nação - uma tensão entre o universalismo de uma comunidade legal igualitária e o particularismo de uma comunidade cultural a que se pertence por origem e destino, essa tensão pode ser resolvida desde que os princípios constitucionais dos direitos humanos e da democracia priorizem um entendimento *cosmopolita* da nação como uma nação de cidadãos já enunciado por Kant, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica da nação como uma entidade pré-política. Se sustentamos que o Yanomami pode ser ao mesmo tempo Yanomami e brasileiro, identificando-se ao mesmo tempo com um identidade cultural e outra

Com efeito a onda globalizante termina por romper a homogeneidade cultural antes existente no Estado-Nação, o que impõe a conclusão de que o Estado-Nação não pode mais contar apenas e tão somente com a homogeneidade cultural para se sustentar como forma dominante de organização social. E, por isso mesmo, a onda globalizante também afeta os fundamentos do exercício do poder político no âmbito do Estado-Nação. Em outros termos: a onda globalizante implica em uma reavaliação da legitimidade. Conforme Ianni:

São muitas e poderosas as forças características da globalização, tornando anacrônico o estado-nação e quimérica a soberania, ao mesmo tempo em que se criam novas exigências de ordenamento jurídico mundial. Já não é suficiente o paradigma das relações internacionais que prioriza o estado-nação como figura principal, ator da soberania. No âmbito da sociedade global, vista como um universo de relações, processos e estruturas novos, próprios da globalização, o estado-nação perde boa parte do seu significado tradicional. As novas realidades, relações, instituições e estruturas, não só econômicas, mas também sociais, políticas, culturais, religiosas, lingüísticas, demográficas, geográficas e outras estabelecem condições e possibilidades de novos intercâmbios, ordenamentos, estatutos. (...)

Nesse ambiente, surgem outros atores, outras elites, diferentes estruturas de poder, distintas polarizações de interesses, novas condições de convergência e antagonismo entre estados-nações, grupos sociais, classes sociais, movimentos de opinião pública, fundamentalismos, correntes de pensamento. Esse o contexto em que o paradigma clássico, ou tradicional, de relações internacionais começa a ser superado, ou subordinado pelo novo. Um corresponde à dinâmica da sociedade nacional, do estado-nação, em que sobressai o suposto da soberania. Outro corresponde à dinâmica da sociedade global, compreendendo relações, processos e estruturas de dominação e apropriação peculiares, implicando movimentos de integração e antagonismo originais, possibilitando soberanias e hegemônias desconhecidas.²³⁷

Esse ambiente, estranho e cada vez mais hostil aos Estados-Nação, traz desafios específicos tanto para o atributo da soberania, como também – e principalmente – para o atributo da legitimidade. É de se concluir, pois, com arrimo em Held e McGrew, que:

(...) o Estado moderno está cada vez mais inserido em redes de interligação regionais e globais, permeadas por força intergovernamentais e transnacionais quase supranacionais, e impossibilitado de decidir seu próprio destino. Tais fenômenos, como também se afirma, desafiam a soberania e a legitimidade dos Estados. A soberania é questionada porque a autoridade política dos Estados é substituída e comprometida por sistema regionais e globais de poder, políticos, econômicos e culturais. A legitimidade do Estado é questionada porque, com a maior interdependência regional e global, os Estados não conseguem oferecer bens e serviços fundamentais a seus cidadãos sem a cooperação internacional, e até esta pode ser insuficiente diante dos problemas globais –

institucional, sem perder sua lealdade para com o Estado-nacional, temos que sustentar que a cidadania é única, pelo que o seu exercício pelos povos indígenas passa pelo cumprimento das garantias constitucionais de que são portadores, assim como os demais cidadãos brasileiros” in SOUZA, Álvaro Reinaldo de. **Os Povos Indígenas: Minorias Étnicas e a Eficácia dos Direitos Constitucionais no Brasil** (Tese). Florianópolis: 2002, p. 176.

²³⁷ IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 120-121.

desde o aquecimento da Terra até os movimentos voláteis dos mercados financeiros - que pode escapar por completo à regulamentação política (...)²³⁸

Esta dissolução da legitimidade do Estado também não passou despercebida pela Ciência Política. Pierre Rosanvallon, em obra específica acerca do tema, aponta para alguns fenômenos concomitantes ao início da onda globalizante (pois ocorridos a partir dos anos de 1980) - a “*dessacralização*” das urnas, a “*fragmentação*” da maioria e a “*deslegitimação*” da burocracia - que levam ao enfraquecimento da noção de legitimidade. De plano, o citado autor apresenta as consequências decorrentes da dessacralização das urnas e da fragmentação da maioria:

Primeiro, a legitimação pela urna sofreu pela diminuição do prestígio das eleições, naquilo que pode ser denominado sua “*dessacralização*”. Na “*era dourada*” do sistema representativo, as eleições outorgavam um mandato incontestável que permitia ao vencedor governar livremente dali para frente. Assumia-se que políticas futuras estavam implícitas nos termos da decisão eleitoral simplesmente porque aquela decisão estava enquadrada em um universo previsível de escolhas estruturadas por organizações disciplinadas com programas bem definidos e diferenças claramente entendidas. Este não é mais o caso. A função das eleições foi reduzida: as eleições são simplesmente um processo através do qual nós designamos aqueles que governam. Elas não mais provêm legitimação *a priori* para políticas realizadas posteriormente. Além disto, o significado da palavra *maioria* se modificou. Em que pese as definições legais, políticas e parlamentares terem permanecido claras, as implicações sociológicas do termo são muito menos precisas. Os interesses do “*maior número*” não podem ser mais identificados tão facilmente com os interesses da “*maioria*”. O “*povo*” não pode mais ser compreendido como uma massa homogênea. Sente-se que a mesma é, ao contrário, uma série de diferentes histórias, uma acumulação de situações específicas. Assim, as sociedades se percebem hoje, e cada vez mais, em termos de minorias. A “*minoría*” não é mais o “*menor número*” (e daí obrigada a curvar-se diante do “*maior*”). Ela se tornou uma série de expressões difractadas da totalidade social. Hodiernamente a sociedade se manifesta como uma longa litania de condições minoritárias. O “*povo*” se tornou o plural de “*minoría*”.²³⁹

²³⁸ HELD, David e MCGREW, Anthony, *op. cit.*, p. 35-36.

²³⁹ ROSANVALLON, Pierre. **Democratic Legitimacy – Impartiality, Reflexivity, Proximity.** Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 3-4. No original: “*First, legitimation by the ballot box suffered from the diminished prestige of elections, what might be called their “desacralization”. In the “golden age” of the representative system, election bestowed an incontestable mandate that allowed the winner subsequently to govern “freely”. It was assumed that future policies were implicit in the terms of the electoral decision simply because that decision was framed by a predictable universe of choices structured by disciplined organizations with well-defined programs and clearly understood differences. This is no longer the case. The function of elections has been whittled down: elections are simply the process by which we designate those who govern. They no longer provide a priori legitimation for policies to be enacted later. Furthermore, the meaning of the word majority has changed. Although the legal, political, and parliamentary definition remains clear, the sociological implications of the term are far less precise. The interests of “the greater number” can no longer be identified as readily as in the past with the interests of the majority. The “people” can no longer be apprehended as a homogeneous mass. It is felt to be rather a series of separate histories, an accumulation of specific situations. Hence societies today increasingly understand themselves in terms of minorities. A minority is no longer merely the “smaller number” (and therefore obliged to bow before the “greater”). It has become one of a series of diffracted expressions of the social totality. Society nowadays manifests itself as a long litany of minority conditions. “People” has become the plural of “minority”.*”

Prosseguindo, Rosanvallon expõe os efeitos que a doutrina neoliberal teve sobre a legitimação da burocracia:

Em adição, o “*poder administrativo*”, ou burocracia, foi largamente deslegitimado. A retórica neoliberal teve um papel nisto ao danificar a credibilidade do Estado e propor o mercado como o novo regulador do bem estar coletivo. Mais concretamente, o movimento da nova administração pública lançou dúvidas sobre a figura clássica do servidor civil como representante autorizado do interesse geral. Os escalões superiores do serviço público civil foram os mais afetados por este questionamento. Aparentemente, estes não são mais capazes de representar o futuro em um mundo mais aberto e menos previsível (admita-se, eles também foram minados pela deserção massiva da elite em virtude da crescente disparidade entre os salários do setor público e do setor privado). Conforme aumenta o nível médio da educação, a sociedade cada vez menos toma como certa a noção de tecnocratas são unicamente dotados das virtudes da racionalidade e do desinteresse. O velho estilo – burocratas “*benevolentes*” administrando uma sociedade tutelada pelo Estado – se tornou tanto insustentável economicamente como inaceitável sociologicamente. Logo, foram retiradas da burocracia justamente os atributos morais e profissionais que antes eram sua força. Por isso, sua legitimidade sofreu, como a dos representantes eleitos.²⁴⁰

O questionamento da legitimidade ocasionado pela onda globalizante implica na necessidade de se encontrar novos fundamentos para o exercício do poder político, na medida em que os alicerces tradicionais do poder, tais como expostos por Weber, não são mais capazes de produzir o consenso necessário à configuração da legitimidade política²⁴¹. Diversos elementos poderiam ser apontados como substitutivos para sustentar a legitimidade do poder do Estado e, sem dúvida, tal questão encontra-se completamente em aberto. Não obstante, nos cabe agora explorar três possibilidades distintas de reconfiguração da legitimidade, inclusive para os fins da atividade

²⁴⁰ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 4-5. No original: “*In addition, the “administrative power,” or bureaucracy, has been largely delegitimized. Neoliberal rhetoric has played a part in this by damaging the credibility of the state and proposing the market as the new regulator of collective well-being. More concretely, the new public management movement has cast doubt on the classic figure of the civil servant as the authorized representative of the general interest. The upper echelons of the civil service have been most affected by this development. They are no longer capable, it seems, of representing the future in a more open, less predictable world. (Admittedly, they have also been undermined by massive defection of the elite owing to the growing disparity between private- and public-sector salaries). As the average level of education rises, society becomes less willing to take for granted the notion that technocrats are uniquely endowed with the virtues of rationality and disinterestedness. The old style — “benevolent” bureaucrats administering a society treated as an underage ward of the state—has become both economically untenable and sociologically unacceptable. The bureaucracy has thus been stripped of the moral and professional qualities that were once its strength. Its legitimacy has therefore suffered, along with that of elected representatives.*”

²⁴¹ Importante apontar que a fragilização do conceito de legitimidade implica também na fragilização da noção de legalidade, posto ser a legalidade – a necessidade de obedecer a uma lei por ser esta comando emanado do Poder Legislativo – decorrência imediata da legitimidade – a lei emanada do Poder Legislativo deve ser obedecida por representar o consenso social acerca daquele determinado tema. Consoante Binembojm “(...) é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e da *erosão da lei formal* – a chamada *crise da lei* – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes”, in BINEMBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p. 35

finalística dos Tribunais de Contas: a legitimidade decorrente da atuação do Estado em prol dos direitos fundamentais (uma legitimidade “*material*”, “*garantista*” e “*reflexiva*”), a legitimidade proveniente do acordo acerca dos procedimentos a serem utilizados (uma legitimidade “*formal*”, “*procedimental*” e “*da proximidade*”) e a legitimidade oriunda do atributo de independência dos órgãos que exercem (presentam, na dicção sempre presente de Pontes de Miranda²⁴²) o poder estatal (uma legitimidade decorrente de sua “*imparcialidade*”).

3.2. Legitimidade como parâmetro de controle da ação pública

Uma primeira possibilidade de reconfiguração da noção de legitimidade – inclusive para a atuação das competências específicas outorgadas aos Tribunais de Contas pelo art. 70 da CRFB – seria a noção de legitimidade extraída do chamado modelo do Estado garantista, inaugurado por Luigi Ferrajoli. Para se chegar à esta noção de legitimidade, é necessário passar, previamente, pela interpretação acerca do que vem a ser, para Ferrajoli, um Estado de Direito:

“Estado de Direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que têm múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a ideia, que remonta à Platão e Aristóteles, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. (...)

Poder *sub lege* pode, de outra parte, ser entendido em dois sentidos diferentes: num sentido débil, lato ou formal, no qual qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercitado nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido forte, ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser *limitado* pela lei que lhe condiciona não somente as formas mas também os conteúdos. Diria que o primeiro destes significados corresponde ao uso alemão de “*Rechtsstat*”, enquanto o segundo corresponde ao uso inglês de “*rule of law*” e ao italiano de “*stato di diritto*”. No primeiro sentido são Estados de direito todos os ordenamentos, mesmo autoritários, ou, pior, totalitários, os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal; no segundo sentido, que implica o primeiro, são, ao invés, somente os Estados constitucionais - e em particular aqueles Estados de Constituição rígida, como é tipicamente o italiano -, os quais incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. Podemos, *grosso modo*, associar estes dois significados de “Estado de Direito” às duas

²⁴² Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I – Introdução – Pessoas Físicas e Jurídicas**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 412.

noções aqui elaboradas a partir do princípio da legalidade: a legalidade em sentido lato, ou *validade formal*, que requer, tão somente, que todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício; e à legalidade em sentido estrito, ou validade substancial, que exige, outrossim, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão.²⁴³

O modelo de Estado garantista, portanto, admite ambos os sentidos que normalmente se emprestam à noção de Estado de Direito: limitações ao exercício do poder **na** lei e **através** da lei. É a lei, portanto, que estabelecerá os limites da competência/atribuição de cada agente investido do poder estatal, conferindo à estes poderes para agir, mas, ao mesmo tempo, circunscrevendo tais poderes, de maneira a evitar invasões à outras esferas de competência ou abusos quanto aos direitos dos cidadãos. Vale lembrar, por oportuno – e conforme mencionado no item 1.2 do presente trabalho – que a própria atividade de controle levada à cabo pelos Tribunais de Contas é uma decorrência direta desta noção de Estado de Direito: o controle se fará na lei – por que é feito nos limites em que a lei estabelece – e através da lei – por que é feito de maneira a conformar o ato controlado à lei que lhe fixa os moldes.

É por isso que Ferrajoli, prosseguindo em sua lição, extrai dela as seguintes consequências:

O termo “Estado de Direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida à controle de legitimidade por parte dos juízes dela separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. Como foi visto (...), a primeira destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder; a segunda, sua fonte de legitimação substancial. Graças a estas duas fontes, não existe, no Estado de Direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.²⁴⁴

O segundo elemento de caracterização – identificado pela letra “b” acima – aponta para o *punctum saliens* deste item: a atuação estatal, qualquer que seja, só se

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 687-688.

legítima na medida em que realiza, ou, na dicção de Ferrajoli, “*funcionaliza*”, os direitos fundamentais, sendo certo que somente a funcionalização dos direitos fundamentais (a realização concreta do item “*b*” da exposição de Ferrajoli) pode garantir a higidez do princípio da legalidade (o item “*a*” também mencionado anteriormente). Não à toa que Cademartori, comentando a obra de Ferrajoli, conclui que “*Então, as fontes de legitimação de todos os poderes do Estado são duas: a legitimação formal, assegurada pelo princípio da legalidade e sujeição do juiz à lei; e a legitimação substancial, recebida pela função judicial de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais (...)*”²⁴⁵.

Cabe ainda apontar a convergência entre a noção garantista de legitimidade substancial e a concepção objetiva dos direitos fundamentais, mencionada no item 2.2 deste estudo. Em síntese, o caráter objetivo dos direitos fundamentais aponta para sua natureza de escolhas morais adotadas, **consensualmente**, pela coletividade, razão pela qual referidos direitos se encontram plasmados na Constituição. Se assim é, a legitimidade pode ser entendida, novamente, como obediência oriunda do consenso, mas não mais do consenso decorrente da homogeneidade cultural, mas do consenso decorrente sobre os direitos fundamentais representativos dos valores morais que os alicerçam. Destarte, tal relação é explicitada pelo próprio Ferrajoli, ao apontar para a figura do “*direito ilegítimo*”:

(...) O traço distintivo do paradigma constitucional reside na feliz ambivalência das normas substanciais sobre a produção legislativa formulada nas atuais Constituições rígidas. Estas normas, vislumbradas *ex parte populi*, são *direitos* fundamentais de que são titulares as pessoas enquanto tais, ou enquanto cidadãos e/ou enquanto capazes de agir; vislumbradas *ex parte principis* são, por sua vez, *regras* que têm como destinatários do seu conteúdo prescritivo os poderes públicos, a começar pelo poder legislativo, de cujo respeito depende a validade substancial do seu exercício.

É este dúplice valor (...) das normas constitucionais substanciais sobre a produção que representa a primeira grande inovação do paradigma constitucional segundo o modelo garantista. Disso resultam, na verdade, dois importantes aspectos distintivos deste modelo em relação ao paradigma legislativo, fundado unicamente em normas sobre a produção de caráter formal. Em primeiro lugar, graças à positivação dos direitos fundamentais em normas constitucionais supraordenadas a todo ordenamento, o paradigma constitucional inverte, juntamente à noção de soberania, a relação entre instituições políticas e pessoas, funcionalizando as primeiras à garantia, como sua “razão social”, dos direitos das segundas: aqueles direitos, na verdade, são atribuídos a todas as pessoas dos governados e, ao mesmo tempo, impõem, para sua garantia, limites e vínculos a todos os poderes governantes. Em segundo lugar, graças às garantias de tais

²⁴⁵ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista**. Campinas: Millenium, 2007, p. 207. Cabe apontar, por oportuno, que, a nosso sentir, a função judicial é apenas uma, das várias, funções capazes de tutelar os direitos fundamentais. O sistema de controle externo – Tribunais de Contas – é também vocacionado para esta finalidade de tutela dos valores fundantes da sociedade.

direitos, consistentes nas proibições e nas obrigações a eles correspondentes dirigidas à esfera pública, aparece de maneira virtual e inevitável, dentro da estrutura normativa do paradigma constitucional, a figura, impensável no velho paradigma legislativo e negada por Kelsen como contradição em termos, do direito ilegítimo: ilegítimo por comissão, quando pelo inválido exercício do poder legislativo forem produzidas leis em contraste com proibições constitucionais; ou, então, por omissão, quando pela ausência do exercício do poder legislativo não forem produzidas leis de atuação das obrigações a ele igualmente impostas pela Constituição. Com efeito, (...) modificam-se as condições de validade das leis, que agora dependem do respeito não mais apenas das normas procedimentais sobre a sua formação, mas também das normas substanciais sobre o seu conteúdo, ou seja, de sua coerência ou compatibilidade com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição.²⁴⁶

Pois bem. Esta caracterização da legitimidade como substancial não deve permanecer restrita exclusivamente à atuação do Poder Judiciário, na tutela dos direitos fundamentais realizada de forma individual ou coletiva, sendo, ao contrário, de suma importância para as atividades levadas à efeito pelos Tribunais de Contas, no âmbito do controle externo, tendo em vista sua especial aptidão para aplicação na seara política-coletiva. Consoante Cademartori “*O modelo garantista de legitimidade, que avalia o poder de acordo com critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegura a manutenção da tarefa do poder como estrutura voltada à satisfação dos interesses da sociedade e, nesta medida, é uma teoria mais apta ao julgamento da instância política*”²⁴⁷.

Ora, boa parte das competências outorgadas aos Tribunais de Contas envolvem o exame – e julgamento (no sentido de atribuição de juízo de valor/desvalor) – de atos e de agentes políticos, atuando através de escolhas mais ou menos vinculadas aos comandos legais²⁴⁸. A avaliação de políticas públicas, descrita no item 2.4 deste trabalho, é exemplo significativo do que se afirma: tais programas públicos visam, em última análise, realizar – “*funcionalizar*” – os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional e, assim sendo, a avaliação dos mesmos pelos Tribunais de Contas deve passar, necessariamente, pelo exame de sua “*legitimidade*”, isto é, devem verificar em que medida e em que profundidade, aquele programa público funcionaliza o direito fundamental a ele subjacente. Mais do que isso: detectada a “*ilegitimidade*” da política pública (representada tal ilegitimidade pela não funcionalização, ou pela funcionalização deficiente/ insuficiente do direito fundamental subjacente através da política pública examinada), devem os Tribunais de Contas proceder à ação corretiva.

²⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 81-82.

²⁴⁷ CADEMARTORI, Sérgio, *op. cit.*, p. 220.

²⁴⁸ Valendo anotar que, muitas vezes, não há *interpositio legislatoris*, atuando o agente político diretamente com base no texto constitucional para a implementação do ato/programa público.

Assim sendo, os Tribunais de Contas, ao utilizarem a legitimidade como parâmetro da ação de controle, deverão verificar, primordialmente, se o ato controlado é “*legítimo*”, isto é, se o ato controlado, de algum modo, realiza (*rectius*: funcionaliza) o direito fundamental por aquele ato tornado concreto. Na hipótese de ato “*ilegítimo*”, isto é, de ato que não realiza o direito fundamental subjacente, na medida e na profundidade exigida pela CRFB, as competências do Tribunal de Contas deverão convergir para a correção do ato, para que o mesmo possa legitimar-se perante o ordenamento constitucional.

Não é por outro motivo que o Tribunal de Contas da União –conforme mencionado no subitem 1.4.3 do presente trabalho – tem realizado o controle de atos administrativos à luz do princípio da moralidade, invocando a noção de legitimidade como “*porta de entrada*” para a moralidade no âmbito do controle. Na medida em que a moralidade impõe aos agentes públicos uma série de deveres, estes passam a ser exigíveis pelos cidadãos, como direitos, de nítido caráter fundamental. Se o ato controlado não “*funcionaliza*” a moralidade – isto é, não a torna concreta no mundo dos fatos – o ato em questão pode ser corrigido pelo Tribunal de Contas. O importante, aqui, é demonstrar que esta “*abertura*” aos valores consensuais albergados na Carta Constitucional operada pela noção de legitimidade substancial não permite apenas a “*entrada*” da moralidade, sendo, ao revés, “*pórtico*” amplo, capaz de albergar toda uma série de direitos/deveres fundamentais. Vale citar aqui alguns exemplos, descritos por Juarez Freitas, os quais levam em consideração, em sua maioria, a abertura que a legitimidade oferece para o controle da sustentabilidade dos atos públicos:

Considerem-se adicionais implicações significativas desse novo modo de conceber o controle das prioridades constitucionais vinculantes:

(a) os edifícios públicos passarão a ser construídos com finalidade sustentável, não apenas com adoção de tecnologias “verdes”. Impõe-se que tais edifícios operem, sempre que possível, como autênticas microusinas de energias renováveis, com distribuição da energia excedentes;

(b) as merendas escolares não deverão ser apenas oferecidas com a preferência de ingredientes ofertados pelos fornecedores locais, senão que precisarão ser compostas de elementos isentos de venenos e cancerígenos;

(c) a contratação para a construção em área contaminada simplesmente não será tolerada, a menos que se proceda completa descontaminação prévia;

(d) os projetos básicos e executivos, para a contratação de obras e serviços de engenharia, estarão, desde logo, obrigados a contemplar opções redutoras dos custos de manutenção e operacionalização, não apenas dos de construção;

(e) os veículos adquiridos pelo Poder Público deverão figurar entre os menos poluentes, não mais admitida a emissão em níveis problemáticos de elementos tóxicos: a

preferência recairá sobre veículos que adotem rigorosos padrões, no intuito de reduzir a poluição do ar que, nos grandes centros urbanos, assume proporções alarmantes;

(f) aprofundar-se-á a sindicabilidade das políticas de mobilidade urbana, em face do aludido caráter mandatório da prioridade ao transporte público. Como se afigura incontendível, o trânsito, sobremodo nas metrópoles, é estressante testemunho da negligência crônica de planejamento sistêmico, segundo prioridades constitucionais;

(g) no atinente às compras sustentáveis, a Administração Pública fornecerá modelo inspirador de consumo, passível de aferição em auditorias operacionais. Ou seja, a partir do levantamento de opções sustentáveis, conferir-se-á atenção ao ciclo de vida dos bens e serviços, adquirindo-se somente o necessário e zelando pela qualidade de origem e destinação, em linha com métricas relevantes.²⁴⁹

Importante destacar, nesta toada, que os exemplos de controle apontados por Juarez Freitas são eminentemente coletivos, isto é, atingem toda uma gama de políticas públicas que transcendem o sujeito individualmente considerado, abarcando, em seus resultados, a coletividade como um todo (ou, pelo menos, parcela significativa da mesma).

Trata-se, na essência, da vocação própria dos Tribunais de Contas para a tutela dos interesses coletivos afetos à Administração Pública. Como se vê, todos os exemplos antes apontados por Freitas poderiam ser realizados, hoje, a partir das competências inscritas na CRFB em favor dos Tribunais de Contas, sem maiores esforços interpretativos. Esta possibilidade de tutela eminentemente coletiva é algo que será mais adiante aprofundado. Por ora, é preciso apenas apontar que usar a legitimidade substancial apenas e tão somente como um sinônimo, *grosso modo*, de moralidade administrativa, é reduzir em demasia o alcance deste vetor de controle. Por isso é que se conclui, com arrimo em Moreira Neto, que:

Em razão do exposto, sob o prisma da legitimidade serão constitucionais as ações públicas de prestação que respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais. Ao revés, serão inconstitucionais as ações públicas de prestação que não respeitem esses limites. Por outro lado, sob o mesmo critério, serão constitucionais as ações públicas de propulsão que se norteiem pela realização otimizada dos direitos fundamentais e, ao revés, serão inconstitucionais as ações públicas de propulsão que por eles não se orientem.²⁵⁰

Pois bem. Esta postura protetiva dos direitos/deveres fundamentais, que pode ser realizada pelos Tribunais de Contas, através da cláusula da “*legitimidade*” estabelecida no art. 70 da CRFB, pode conduzir estes no caminho de uma legitimação dita “*reflexiva*”, capaz de contrapor, ao pensamento de curto prazo comumente atribuído aos

²⁴⁹ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 37-39.

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade-Finalidade-Eficiência-Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 46.

cálculos político-eleitorais²⁵¹, os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Esta postura reflexiva, apontada por Pierre Rosanvallon como decorrente de um “*consenso da multiplicação*”, implica na “(...) *obtenção de generalidade através da multiplicação das expressões de soberania social. Aqui a meta é realizar os objetivos da democracia tornando o sujeito democrático mais complexo ou adotando formas democráticas mais complexas. A este respeito, um alvo importante é a compensação para o fracasso das maiorias eleitorais em corporificar a vontade geral.*”²⁵².

Esta legitimidade reflexiva adiciona, às atividades das Cortes de Contas, um elemento intertemporal²⁵³, capaz de preservar os ditames constitucionais – e as políticas públicas dela decorrentes²⁵⁴, ou, na lição do próprio Rosanvallon, “*o povo enquanto princípio*” – dos fluxos e refluxos de maiorias e minorias ocasionais, ou “*o povo enquanto eleitores*”. Consoante Rosanvallon:

Como as cortes constitucionais têm um interesse particular em direitos e princípios fundamentais, elas ajudam a encorajar a memória coletiva. De fato, sua vigilância neste propósito as dota de uma certa função representativa. Elas representam memória de molde a manter vivos os valores fundamentais da democracia e dar às pessoas um entendimento ativo de sua tradição. (...) Vigilância e memória foram explicitamente designadas como funções políticas concretas. As cortes constitucionais ajudam a atingir estas metas e ajudam a manter os princípios organizacionais da sociedade sempre presentes. Esta é também uma função maior da lei, para a qual vários agentes, direta ou indiretamente, contribuem: as cortes são os fiadores das promessas que uma comunidade faz a si mesma. Assim elas preservam a identidade da democracia ao longo do tempo.²⁵⁵

²⁵¹ Conforme aponta Anthony Downs, a motivação partidária é a assunção da estrutura governamental com a finalidade de consecução dos objetivos pessoais dos agentes políticos, o que significa dizer que a vitória em uma eleição leva, apenas, à formulação de políticas voltadas para a **próxima** eleição. Confira-se DOWNS, Anthony, *op. cit.*, p. 50.

²⁵² ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.* p. 4-5. No original: “*Achievement of generality through multiplication of the expressions of social sovereignty. Here the goal is to realize the objectives of democracy by making the democratic subject more complex or by adopting more complex democratic forms. In this respect, an important aim is to compensate for the failure of electoral majorities to embody the general will*”.

²⁵³ Ou seja, referente ao desenrolar do jogo democrático ao longo do tempo, inclusive entre as diversas gerações, naquilo que a doutrina constitucionalista convencionou denominar “*o problema da legitimidade intergeracional*”. Para maiores detalhes, confira-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 24-25.

²⁵⁴ Embora não seja o caso de aprofundar o tema no âmbito deste estudo, este elemento intertemporal, no que concerne à intersecção entre Direito e Políticas Públicas, pode ser reconhecido no chamado princípio da vedação do retrocesso social, o qual, no dizer de Canotilho, afirma que “(...) os direitos sociais e econômicos [normalmente as categorias de direitos contempladas com ações positivas do Estado] (...) uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo* (...)”, in CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.* p. 338-339.

²⁵⁵ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 141-142. No original: “*Because constitutional courts take a particular interest in fundamental rights and principles, they help to foster collective memory. Indeed, their vigilance in this regard endows them with a certain representative function. They represent memory*”.

Se considerarmos que o argumento esposado por Rosanvallon não se aplica apenas às cortes constitucionais, mas à qualquer órgão que tenha, em seu cabedal de competências, a atribuição de dar cumprimento aos princípios/direitos/deveres fundamentais estabelecidos na Constituição, temos por certo que os Tribunais de Contas – aos quais cabe, como já amplamente explicitado, a verificação da adequação da gestão pública aos termos da Carta Constitucional – também podem “beber” na fonte da legitimidade reflexiva. Tratar-se-ia, com efeito, de importante influxo naquilo que o próprio Rosanvallon denominou “*contra-democracia*”, isto é, “(...) *uma forma de democracia que reforça a democracia eleitoral usual como uma espécie de contraforte, uma democracia de poderes indiretos disseminados através da sociedade – em outras palavras, uma durável democracia da desconfiança, que complementa a democracia episódica do sistema representativo-eleitoral comum*”.²⁵⁶

Feitas estas considerações, impõe-se agora analisar a legitimidade enquanto alicerce da própria atividade de controle. Também neste aspecto, novos desenhos conceituais podem emprestar, à atividade de controle externo da Administração Pública, um colorido mais moderno, consentâneo com o Estado Democrático de Direito contemporâneo.

3.3. Legitimidade como sustentáculo da ação de controle

Uma segunda perspectiva para a noção de legitimidade, complementar à “*abertura*” e a “*reflexividade*” operadas pela primeira perspectiva, pode ser verificada a partir da análise das próprias ações de controle e do modo pelo qual tais ações operam. Em outras palavras: verificado, no item anterior, quais **resultados** da ação de controle são considerados legítimos, impende agora descobrir o que torna legítima a **própria ação de controle**. Tal indagação é necessária não somente para fundar a ação de

so as to keep the fundamental values of democracy alive and give people an active understanding of their heritage.(...) Vigilance and memory were explicitly designated as concrete political functions. Constitutional courts help to achieve these goals and to keep the organizing principles of society ever present. This is also the larger function of law, to which various agents, both direct and indirect, contribute: the courts are the guarantors of the promises that a community makes to itself. Thus they preserve the identity of democracy over time”.

²⁵⁶ ROSANVALLON, Pierre. **Counter-Democracy – Politics in an age of Distrust**. Cambridge: Cambridge University Press (Kindle ed.), 2008, posição 211. No original:” (...) *a form of democracy that reinforces the usual electoral democracy as a kind of buttress, a democracy of indirect powers disseminated throughout society – in other words, a durable democracy of distrust, which complements the episodic democracy of the usual electoral-representative system*”.

controle, mas também para sanar a, por vezes, ocorrente indeterminação conceitual dos direitos/deveres fundamentais, tal como plasmados na Constituição²⁵⁷.

Mostra-se necessário, portanto, que a ação de controle, em algum momento, defina – ainda que especificamente para aquele objeto que está sendo alvo da ação de controle – qual é o alcance do direito/dever fundamental inserido na ação de controle através do vetor de controle (legitimidade, ou mesmo legalidade e economicidade) que está sendo utilizado como parâmetro a partir do qual avaliar o objeto controlado. Esta função específica da legitimidade – a de sustentar a própria ação de controle – é tornada concreta pelo procedimento, ou, em outras palavras, é o procedimento afeto às ações de controle que permitirá a redução da indeterminação conceitual do direito/dever fundamental selecionado como parâmetro de comparação em relação ao objeto controlado.

Com efeito, a noção de que os resultados obtidos, quaisquer que sejam, são legítimos na medida em que obtidos a partir de um determinado procedimento não é nova, encontrando ecos na ideia de democracia representativa pela via procedimental²⁵⁸, tal como descrita por, entre outros, Kelsen, Schumpeter, Sartori e Bobbio. Marcelo Neves, comentando a posição externada por Kelsen, aduz que:

O modelo de legitimação procedimental do Estado Democrático de Direito contemporâneo foi objeto de várias leituras teóricas no século XX. Já no positivismo jurídico e relativismo axiológico de Kelsen, a legitimação política da democracia resolve-se na admissão do acesso das diversas tendências políticas nos procedimentos de formação da vontade estatal. O conteúdo que resulta da decisão tomada conforme o procedimento é, em princípio, irrelevante. Kelsen fundamenta-se, porém, em um relativismo aistórico. Nessa perspectiva, sustenta genericamente que a justiça e os valores são definidos a partir de critérios subjetivos, emocionais e variáveis entre indivíduos e grupos, não fazendo uma análise específica da diversidade valorativa. Sintomática dos limites de sua concepção de legitimidade para a compreensão do Estado Democrático de Direito é a interpretação que faz da decisão bíblica de Pilatos: este teria tratado a posição de Jesus, que se apresentava como “Rei dos Judeus” de maneira relativista e, por isso, teria submetido o caso à votação popular.²⁵⁹

Destarte – e ao contrário do que ocorre no Direito, onde, normalmente, a noção de democracia é tratada como o “*princípio democrático*” – no âmbito dos estudos

²⁵⁷ Muitas vezes, tais direitos/deveres fundamentais vêm expressos na forma de princípios, conforme já mencionado no item 1.4 do presente estudo. Tal indeterminação conceitual por vezes é bastante grande. Cite-se, por exemplo, as diretrizes utilizadas por Humberto Ávila na análise dos princípios e sua utilização, em relação ao princípio da moralidade administrativa, in ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 91-96.

²⁵⁸ Como já afirmado no item 1.2 do presente estudo, a instituição de sistemas de controle – tais como os Tribunais de Contas – têm por finalidade complementar o controle realizado pelos procedimentos democráticos, objetivando estabelecer o chamado *accountability* horizontal, incapaz de ser realizado unicamente através dos mecanismos eleitorais.

²⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 136-137.

políticos a noção de democracia é, de certo modo, reduzida, ajustando-se à ideia de que a democracia é, tão somente, um método de escolha, dentre outros eventualmente disponíveis. Embora a noção de democracia não se reduza à regra da maioria, é certo que, invariavelmente, esta regra encontra-se na maior parte das situações que se dizem “democráticas”. E tal regra – a da maioria – tem um único objetivo: servir como método de seleção. Aduz Sartori que: “(...) *o que está sendo considerado é uma técnica, um procedimento. Toda sociedade precisa de regras de procedimento, de solução de conflitos e de tomada de decisões; e o princípio da maioria é o procedimento ou método que melhor satisfaz os requisitos da democracia (...)*”²⁶⁰. A mesma posição é adotada por Schumpeter, nos seguintes termos:

O leitor deve recordar que nossas principais dificuldades no estudo da teoria clássica centralizavam-se na afirmação de que o povo tem uma opinião definida e racional a respeito de todas as questões e que manifesta essa opinião – numa democracia – pela escolha de representantes que se encarregam de sua execução. Por conseguinte, a seleção dos representantes é secundária ao principal objetivo do sistema democrático, que consiste em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre assuntos políticos. Suponhamos agora que invertemos os papéis desses dois elementos e tornamos a decisão de questões pelo eleitorado secundária à eleição de representantes, que tomarão, neste caso, as decisões. Ou, em outras palavras, diremos agora que o papel do povo é formar um governo, ou corpo intermediário, que, por seu turno, formará o executivo nacional, ou governo.(...) Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor.²⁶¹

Bobbio, ao analisar as “*regras do jogo*” e definir, a partir destas, a democracia, aponta no mesmo sentido:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente.

Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de membros do grupo. Percebo que “número muito elevado” é uma expressão vaga. No entanto, os discursos políticos

²⁶⁰ SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 192.

²⁶¹ SCHUMPETER, Joseph A., *op. cit.*, p. 321.

inscrevem-se no universo do "aproximadamente" e do "na maior parte das vezes" e, além disto, é impossível dizer "todos" porque mesmo no mais perfeito regime democrático não votam os indivíduos que não atingiram uma certa idade.²⁶²

Portanto, boa parte daquilo que os juristas conhecem por “*princípio democrático*” é, na verdade, a defesa de um procedimento, ou, em outras palavras, a afirmação de que o resultado obtido a partir da participação do maior número de agentes é bom/justo/correto, pelo simples fato deste resultado (qualquer que seja ele)^{263 e 264} ser – ao menos em tese – uma soma das contribuições oferecidas pelos agentes envolvidos²⁶⁵. O Estado Democrático de Direito, portanto, legitimar-se-ia, no vocativo “*democrático*”, através das possibilidades de participação oferecidas a todos, no que tange à formação da vontade estatal. É justamente esta a conclusão de Marcelo Neves, ao conciliar as posições de Luhmann e Habermas:

Em ambos os modelos, a positividade como autonomia do direito só é concebível com o desaparecimento de moral tradicional, conteudística e hierárquica. Diante da pluralidade reconhecida de valores, Habermas interpreta a racionalidade discursiva ou procedimental – que envolve as dimensões pragmáticas, éticas e morais – do Estado Democrático de Direito como forma de construção do consenso na esfera pública, imprescindível à indisponibilidade do direito. Em face da diversidade de expectativas, interesses e valores da sociedade moderna, Luhmann interpreta os procedimentos eleitoral, legislativo, judicial e administrativo do Estado de Direito como mecanismos funcionais de seleção, filtragem e imunização dos sistemas político e jurídico em face das influências contraditórias do respectivo ambiente. Entretanto, o dissenso conteudístico em face de valores e interesses torna os procedimentos democráticos do

²⁶² BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 18-19.

²⁶³ Não se está aqui a fazer uma defesa de uma total relatividade dos conceitos de justiça, uma vez que tal posicionamento poderia levar, na esteira de Neves, à uma “(...) *justificação de modelos absolutistas e totalitários*”, inservíveis, pois, ao Estado Democrático de Direito (NEVES, Marcelo, *in op.cit.*, p. 137). O que se pretende é ressaltar o caráter procedimental da democracia representativa e de boa parte das instituições ínsitas ao Estado Democrático de Direito.

²⁶⁴ O relativismo total é também refutado por Hannah Arendt, pois, de acordo com Leitão Adeodato: “Mas a alternativa por que muitos optam, um relativismo cético –que aqui denominamos positivismo ou realismo ingênuo, a identificação entre legitimidade e efetividade da obediência – esta Hannah Arendt recusa expressamente. Uma perspectiva assim, com toda sua oposição ao jusnaturalismo, parte de premissa semelhante por resultar da decepção em não encontrar um parâmetro definitivo. Como isso não existe –muito embora haja instâncias -, corre-se o risco de cair em um ceticismo que tira todo o sentido não só à questão da legitimidade mas também, se levado às últimas consequências, à própria vida humana. Além de não universal, a instância de referência da legitimidade não é sequer única: são instâncias, critérios frágeis, pouco precisos, variáveis, aqueles de que dispomos. Sem que precisemos ‘saltar sobre nossas próprias sombras’, é no mundo humano das aparências que as soluções devem ser procuradas”, *in* LEITÃO ADEODATO, João Maurício, *op. cit.*, p. 205.

²⁶⁵ Impende também anotar a contribuição de Pierre Rosanvallon, o qual, de forma muito arguta, aduz que “A eleição democrática confunde um princípio de justificação [a legitimidade] com uma técnica de decisão [a regra da maioria]”, *in* ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 1. A falácia apontada por Rosanvallon trata-se, à toda evidência, de “*argumento*” comumente utilizado entre os agentes políticos ditos “*profissionais*”, mormente quando confrontados por agentes que poderiam ser qualificados como “*técnicos*” e, por isso mesmo, não participantes (como concorrentes) de sufrágios. Para um exemplo de utilização, nestes termos, da falácia em questão, confira-se nota da Revista Veja (ed. eletrônica) intitulada “*Baixe a bola, ministro*”, disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/brasil/baixe-a-bola-ministro-diz-paes-a-levy/>, acesso em 31.03.2015.

Estado de Direito, que implicam o princípio da legalidade, não só uma exigência sistêmico-funcional, mas também uma imposição normativa da sociedade moderna. Por um lado, tais procedimentos não podem legitimar-se sem uma esfera pública pluralista que lhes dê fundamentação discursiva. Por outro, a inserção da discussão pública no direito é impossível sem a correspondente estruturação “sistêmico-legal” deles. Por fim, cabe observar que os procedimentos do Estado de Direito não servem, geralmente, à construção do consenso jurídico-político em torno de valores e interesses. O consenso em relação aos procedimentos possibilita a convivência com o dissenso político e jurídico sobre valores e interesses no Estado Democrático de Direito, tornando-a suportável na sociedade complexa de hoje. Isso porque é no âmbito deste que se pode construir e desenvolver uma esfera pública pluralista constitucionalmente estruturada, cujos procedimentos estão abertos aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos, admitindo inclusive os argumentos e as opiniões minoritárias como probabilidades de transformação futura dos *conteúdos* da ordem jurídico-política, desde que respeitadas e mantidas as *regras procedimentais*. Intermediando consenso quanto ao procedimento e dissenso com relação ao conteúdo, o Estado Democrático de Direito viabiliza o respeito recíproco às diferenças no campo jurídico-político da sociedade supercomplexa contemporânea e pode, ao mesmo tempo, atuar como fator construtivo e dinâmico para a reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação.²⁶⁶

Vale dizer: embora os conceitos de, p.ex., moralidade, serem muitos e diversos, com conteúdos os mais variados possíveis, a utilização de determinados procedimentos, todos inseridos no âmbito do Estado Democrático de Direito, mostra-se capaz de mediar o denominado dissenso conteudístico acerca do princípio, revelando (ainda que não totalmente) o conteúdo do conceito apto a solucionar o caso concreto colocado diante dos julgadores. Estes procedimentos legitimam – tornam aceitável, formando um consenso, mínimo que seja, sobre – o resultado obtido.

Poder-se-ia objetar que esta legitimação oriunda dos procedimentos só seria aplicável, por assim dizer, em níveis “*macroscópicos*”: nas eleições, nos projetos legislativos, etc., não sendo tal legitimação capaz de abarcar outros procedimentos existentes no Estado Democrático de Direito, face sua simplicidade e “*ausência de democracia*” (poucas partes/agentes/argumentos envolvidos no processo). Ao revés, aponta-se justamente no sentido contrário: tais procedimentos só diferem entre si nos vários graus de complexidade que envolvem. Luhmann, em obra específica sobre o tema, assim discorre:

A nossa investigação estendeu-se a quatro tipos de processo: eleição política, legislação, decisão administrativa e processos judiciais. Estes processos distinguem-se, em primeiro lugar, pela dose de complexidade que aceitam e resgatam e, em segundo lugar, conforme às suas técnicas de redução, o seu output e a sua atitude perante o problema da legitimidade.

A eleição política e a legislação constituem processos de complexidade muito elevada e grau relativamente pequeno de racionalidade. Oferecem mais possibilidades de generalizar temas politicamente, de encontrar correligionários e de tratar os problemas

²⁶⁶ NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 143-144.

como não-resolvidos apesar da decisão. Neste sentido são instáveis. Requerem, exatamente por isso, um engajamento fraco dos participantes não-profissionais e facilitam assim a reorientação. Para redução de sua elevada complexidade utilizam uma separação mais ou menos profunda dos processos expostos e do processo efetivo de decisão e trabalham em proporções consideráveis com motivos divergentes e técnicas de decisão.

Os processos de decisão administrativa e os processos judiciais constroem-se, nestes aspectos, em princípio, de forma oposta. A sua complexidade é reduzida e determinada através da programação das premissas de decisão. Por isso o estabelecimento e descrição do decisor são utilizados aqui como garantia; e pode estar aberta ao interessado uma participação em todo o processo de acordo com o papel, participação que levará à especificação e isolamento dos seus interesses. Isto é conseguido no processo judicial e recua no processo administrativo quando este se desfaz da função legitimadora e se concentra totalmente na descoberta da decisão.²⁶⁷

Os processos apontados por Luhmann só diferem, entre si, pois, no nível de complexidade assumido por cada um: níveis maiores quando se tratam de eleições e/ou decisões legislativas e níveis menores quando se tratam de processos judiciais (e poderíamos incluir aqui os processos de controle externo, na medida em que os processos de controle são, no mais das vezes, judicialiformes²⁶⁸) e decisões administrativas. No dizer de Luhmann “(...) *estes processos realizam uma distribuição da complexidade do sistema político para diversos mecanismos de redução (...)*”²⁶⁹. Esta redução do nível de complexidade, ainda conforme Luhmann, se dá tanto objetiva quanto cronologicamente:

Cronologicamente, a eleição política precede o legislativo, este precede a decisão administrativa e o legislativo ou a decisão administrativa precedem o processo judicial. Por outras palavras: primeiro, a elevada complexidade política indeterminada do sistema tem de ser moldada na forma de pessoas-nos-cargos ou programas-com-validez; pode, então, dar-se início ao trabalho sobre as decisões circunstanciais justas. Estas podem, por seu lado, mas não são obrigadas, a ser anunciadas na política corrente, criando um novo impulso para os processos políticos. Nesta organização cronológica, os diversos processos são coordenados, não com respeito a um objetivo comum como meio complementar, mas apenas na medida em que se considera o *output* dum como o *input* do outro. A diferenciação do sistema global exprime-se nesta sequência cronológica através do fato de que a decisão dum processo para o próximo é tratada apenas como mais um fato, pois é aceita em bloco e não é aprofundada ou controlada mais uma vez; e a integração realiza-se pelo fato de que esta aceitação do resultado se efetua e porque os processos não decorram, lado a lado, como que desligados. Objetivamente, a distribuição da complexidade é organizada através da sua realização

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p. 196. É importante ressaltar aqui que os “*processos administrativos*” descritos por Luhmann referem-se mais aos procedimentos de tomada de decisão no âmbito interno da Administração e, por isso, não abarcam, por completo, as ações de controle externo realizadas no âmbito dos Tribunais de Contas nacionais, os quais ficariam “*a meio caminho*” entre estes processos administrativos e os processos judiciais. Para maiores detalhes, confira-se LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p.165-175.

²⁶⁸ A estes processos se aplicam as mesmas garantias aplicáveis às partes que participam de um processo judicial: contraditório, ampla defesa, possibilidade de manifestação e de recursos, julgadores imparciais e equidistantes, etc.

²⁶⁹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p.196.

sobre dois planos de generalização: geralmente através da distinção entre tipos de processos e, neste âmbito, através da introdução de processos isolados dum determinado gênero. A determinação do gênero efetua-se mediante institucionalização da possibilidade de introduzir processos e através da determinação de características geralmente válidas. Não contém ainda nenhuma decisão prévia quanto à forma ou número de processos deste tipo que se realizarão a par, ou em oposição, e com que temática concreta, deixando portanto em aberto a amplitude do emprego cronológico e objetivo. Ela só será concretizada num segundo processo de decisão, caso a caso.²⁷⁰

Para os fins do presente estudo, não há motivo para nos aprofundarmos na teoria sistêmica inaugurada por Luhmann, sendo o caso apenas de relatar suas conclusões no que se refere à obtenção de legitimidade para o resultado a partir do procedimento utilizado. Para Luhmann “(...) *Através da tipicidade geral das suas formas, os processos estão realmente ligados uns aos outros, mas apenas sob a forma dum esquema geral, que não impede a variação da associação concreta, antes a permite. A separação dos diversos níveis de generalização tem exatamente este sentido de garantir de forma geral as relações, mas transferindo a sua realização para o caso particular, cuja conjuntura concreta não pode já ser prevista (...)*”²⁷¹. Ou seja: os esquemas gerais de procedimentos, em diferentes níveis de complexidade e abstração (Constituição, legislação, decisões administrativas, decisões judiciais e judicialiformes) permitem o reconhecimento – e o subsequente desfazimento – dos dissensos contenciosos existentes quanto aos direitos/deveres fundamentais, através da participação e veiculação dos argumentos dos defensores dos vários interesses/valores/conteúdos que podem sofrer repercussões a partir do resultado obtido naquele procedimento específico.

A valorização do procedimento – e, por consequência, da participação e da manifestação - enquanto elemento de legitimação da própria atividade de controle externo, pode, por sua vez, emprestar às Cortes de Contas um valor que Pierre Rosanvallon identifica como a “*legitimidade da proximidade*”. Consoante o citado politólogo, a noção de proximidade envolve três diferentes variáveis: **posição, interação e intervenção**:

“*Proximidade*” enquanto posição implica uma certa postura do governo *vis-à-vis* a sociedade. Proximidade neste sentido significa presença, atenção, empatia e compaixão, misturando tanto elementos físicos como psicológicos – ombreando, de certo modo, lado a lado. Como interação, proximidade significa um certo tipo de relação entre governo e governados. Líderes estão “*próximos*” de seus constituintes se eles são acessíveis, receptivos e abertos. Eles também reagem ao que escutam e estão dispostos a explicar suas decisões, recusando-se a se esconder atrás da formalidade da estrutura institucional. Em outras palavras, líderes se expõem e agem “*transparentemente*” sob o olhar vigilante do público. Ao mesmo tempo, eles estão dispostos a permitir à sociedade

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p.197.

²⁷¹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p.198.

ter sua voz ouvida, de ter seus pontos de vista levados em consideração. Finalmente, proximidade implica muita atenção para as particularidades de cada situação. Neste sentido, proximidade significa se importar com cada indivíduo, levando em conta as diversidades de contexto, com a preferência de arranjos informais à regras mecanicamente aplicadas.²⁷²

Esta legitimidade decorrente da proximidade, tal como apontada por Rosanvallon, apoia-se, efetivamente, no que pode ser denominado “*justiça procedimental*”. Rosanvallon, apoiando-se nos estudos realizados por Tom Tyler, aponta que nem sempre a legitimidade de uma instituição surgirá a partir do impacto da atividade daquela instituição para um indivíduo:

Um grande estudo feito em Chicago em 1984 voltou seu foco para indivíduos que estiveram pessoalmente envolvidos com a polícia e o sistema judicial. Ele mostrou que, quando muito, há uma fraca correlação entre os julgamentos individuais destas frequentemente questionadas instituições e a natureza das sanções por elas impostas. Embora a “satisfação” ainda dependesse, obviamente, e em primeiro lugar, do veredito lançado, a visão da legitimidade do sistema de justiça para o indivíduo dependia, ao revés, na percepção daquela pessoa quanto à equidade de todo o processo. Outro trabalho, da mesma equipe de pesquisadores, liderados por Tom Tyler, confirmaram o achado de que a legitimidade de um sistema era essencialmente uma função atinente à percepção de que os agentes deste sistema haviam obedecido os ditames da “justiça procedural”.

De acordo com Tyler, três elementos principais entram na criação desta sensação de justiça procedural. Primeiro, participação: respondentes julgaram que um procedimento era justo se eles tivessem uma participação ativa no processo. O ponto de vista deles foi levado em consideração? Foram ouvidos com atenção? Puderam desenvolver a totalidade de seus argumentos? Segundo, a sensação de que as regras não foram aplicadas mecanicamente e que as características peculiares de cada situação foram consideradas também foi crucial. Em adição, a imparcialidade e a objetividade dos decisores foi um determinante chave para a percebida equidade procedural. Terceiro, a percepção de equidade tinha correlação próxima com a forma que as pessoas sentiam que haviam sido tratadas. Os agentes do sistema com os quais tiveram de lidar os trataram polidamente e com respeito? Seus direitos foram adequadamente considerados? Foram eles tratados como membros efetivos da comunidade? Quando estas várias condições eram satisfeitas, as pessoas estavam mais dispostas a aceitar as decisões, mesmo quando estas lhes eram contrárias.²⁷³

²⁷² ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 171-172. No original: “*Closeness*” implies a certain posture of government vis-à-vis society. Proximity in this sense signifies presence, attention, empathy, and compassion, mingling both physical and psychological elements—standing shoulder-to-shoulder, as it were. As interaction, proximity signifies a certain type of relationship between government and governed. Leaders are “close” to their constituents if they are accessible, receptive, and open. They also react to what they hear and are willing to explain their decisions, refusing to hide behind the formal institutional structure. In other words, leaders expose themselves, they act “transparently” under the watchful gaze of the public. At the same time, they are willing to allow society to make its voice heard, to have its views taken into consideration. Finally, proximity implies close attention to the particularity of each situation. In this sense, closeness means caring about each individual, taking the diversity of contexts into account, and preferring informal arrangements to mechanically applied rules”.

²⁷³ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 172-173. No original: “A major study done in Chicago in 1984 focused on individuals who had been personally involved with the police and the courts. It showed that there was at best a weak correlation between individual judgments of these frequently challenged institutions and the nature of the sanctions they imposed. Although “satisfaction” obviously depended

Transpondo tais conclusões para os procedimentos específicos de controle externo da ação administrativa, temos que estes procedimentos se legitimam na medida em que permitem – ao longo de sua realização – e através da contraposição das diversas posições/argumentos (da Administração, dos gestores públicos, dos ordenadores de despesa, do Corpo Instrutivo, dos particulares, do Ministério Público “*comum*” e “*de Contas*”, do Corpo Deliberativo, etc.), o desfazimento do dissenso acerca do conteúdo – e também da extensão, em alguns casos – dos direitos/deveres fundamentais a serem tutelados através do controle da legitimidade dos atos da Administração Pública.

Importante destacar que a “*aceitabilidade*” (legitimidade) da decisão tomada pelos órgãos de controle externo, conforme Rosanvallon, é uma decorrência imediata da apreciação (exame/aceitação/refutação) dos argumentos levantados pelos diversos participantes. Examinemos, agora, como a legitimidade pode também decorrer dos caracteres de imparcialidade e equidistância atribuídos aos órgãos de controle externo.

3.4. Legitimidade como atributo do órgão de controle:

Como já descrito no Capítulo 1 do presente estudo, os Tribunais de Contas brasileiros gozam, reconhecidamente, de autonomia e independência administrativa e orçamentária – na mesma medida atribuída aos órgãos componentes do Poder Judiciário – e, mais ainda, os membros componentes do corpo decisório (Ministros/Conselheiros) estão sujeitos ao mesmo estatuto dos magistrados judiciais, com as mesmas garantias - inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimento – e as mesmas vedações – como, por exemplo, a vedação à vinculação do agente a partido político. Tal estatuto tem, por certo, a finalidade de separar a atividade dos magistrados (sejam eles judiciais

primarily on the verdict handed down, an individual's view of the legitimacy of the justice system depended rather on that person's perception of the fairness of the process. Other work by the same team of researchers, headed by Tom Tyler, confirmed the finding that the legitimacy of the system was essentially a function of whether its agents were perceived as having obeyed the dictates of “procedural justice”..According to Tyler, three main elements go into creating this sense of procedural justice.⁷ First, participation: respondents judged that a procedure was fair if they played an active part in the process. Was their point of view taken into account? Were they listened to attentively? Were they allowed to develop their arguments fully? Second, the feeling that rules were not applied mechanically and that the particular features of each situation were considered was also crucial. In addition, the impartiality and objectivity of decision-makers was a key determinant of perceived procedural fairness. Third, the perception of fairness was closely correlated with the way in which people felt they were treated. Did the agents of the system with whom they had to deal treat them politely and with respect? Were their rights adequately considered? Were they treated as full members of the community? When these various conditions were satisfied, people were much more willing to accept a decision, even if it went against them”.

ou de contas) – que é uma atividade eminentemente técnica-jurídica – da atividade política. É justamente o que aponta Luís Roberto Barroso:

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis. Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade à ciência do direito ou dogmática jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.²⁷⁴

Destarte, a afirmação clássica – embora largamente contestada atualmente – de que a atividade do magistrado é meramente técnica (ou seja, não envolve escolhas, sendo apenas o resultado da aplicação do chamado silogismo jurídico) tem por objetivo separar o “*político*” do “*jurídico*”. Vale dizer: uma vez criada – politicamente – a norma jurídica, aos aplicadores desta não cabe qualquer juízo subjetivo e particular acerca do comando legal a incidir na situação de fato²⁷⁵. Embora, na prática diária, a indeterminação dos textos legais permita um amplo espaço de interpretação para o aplicador da norma, temos que esta separação entre Direito e Política - ou melhor, os instrumentos utilizados para levar à cabo tal clivagem – termina também por emprestar legitimidade aos órgãos aplicadores e, entre eles, às Cortes de Contas.

Apontando para os órgãos e membros do Poder Judiciário, Barroso justifica a independência destes, através de argumentos que, em tudo e por tudo, são também aplicáveis aos órgãos de controle externo:

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários, um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um governo de leis, e não de homens. De leis, e não de juízes, fique bem entendido. Para assegurar que assim seja, a Constituição brasileira, por exemplo, confere à magistratura garantias institucionais –

²⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial – Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, p. 20. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf, acesso em 04.04.2015.

²⁷⁵ O que, apesar de ocasionar uma série de resultados ditos “*subótimos*” – face aos fenômenos da sobreinclusão e da subinclusão inerentes às regras -, teria por condão também preservar e fomentar a previsibilidade, a certeza e a segurança jurídica, e, ainda, promover a eficiência, mediante a simplificação das decisões. Para maiores detalhes, veja-se STRUCHINER, Noel. **Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico**, in SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-482.

que incluem autonomia administrativa e financeira – e funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração.²⁷⁶

Diante disto, é possível mesmo afirmar que a outorga, aos membros dos Tribunais de Contas, do mesmo regime jurídico aplicável à magistratura dita “*judicial*” teve, na origem, a mesma finalidade: permitir aos órgãos de controle externo uma atuação isenta, independente e imparcial, sem que estivessem estes sujeitos às pressões da política, as quais podem ser até mais gravosas do que aquelas enfrentadas pelo Poder Judiciário, na medida em que este último tem por competência solucionar litígios de toda ordem (os quais, por certo, podem abarcar conflitos envolvendo os atos de outros agentes do Estado, inclusive aqueles eleitos democraticamente), ao passo que aos Tribunais de Contas compete – sempre - o controle sobre os atos do **próprio** Estado²⁷⁷, sem que isso implique na inserção dos órgãos de controle externo na intimidade estrutural de qualquer dos Poderes da República²⁷⁸.

Trata-se, à toda evidência, de reconhecer, nos Tribunais de Contas, a chamada **teoria dos poderes neutrais**, mencionada, dentre outros, por Bruce Ackerman e Alexandre Santos de Aragão. Este último, apoiado na lição de Silvia Niccolai, aduz que:

Condensando as características dos poderes neutrais, Silvia Niccolai os conceitua como ‘aquelas instituições destinadas a tutelar valores frente à direção política (*indirizzo politico*) do Estado, e que, em consequência, situam-se em área distinta da dos órgãos titulares das funções de direção política’. Não se trata de afirmar que as funções dos poderes neutrais sejam desvestidas de qualquer matiz político, mas o que é mais importante para sua caracterização não é ‘o caráter substancialmente não político das suas decisões, mas o caráter formalmente não político destas’, o que é evidenciado pelo caráter não eletivo dos seus titulares, pelos requisitos impostos à sua nomeação, pela independência e pela fundamentação técnica imposta às suas decisões (...)²⁷⁹

Aragão cita ainda Sala Archer, Schmitt e Fichtmüller, observando que:

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 20-21.

²⁷⁷ Tal situação, na lição de Barroso, seria uma expressão da denominada “*dificuldade contramajoritária*”. Consoante Barroso: “A maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, isto é, por agentes públicos que não são eleitos. Quando os órgãos judiciais resolvem disputas entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, decretando um divórcio ou o despejo de um imóvel, não há muita polêmica sobre a legitimidade do poder que exerce. A Constituição confere a ele competência para solucionar os litígios em geral e é disso que se trata. A questão ganha em complexidade, todavia, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. **Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde**”, in BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 19-20. (o grifo é nosso)

²⁷⁸ Até mesmo porque, estivessem os Tribunais de Contas inseridos na estrutura de qualquer um dos três Poderes, seu controle não mais poder-se-ia dizer-se externo.

²⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p.33.

(...) ‘na existência de centros de decisão autônomos e independentes, que representam a objetividade e a imparcialidade própria dos especialistas’, Schmitt vê o contrapeso necessário ao Estado pluralista de partidos, que em sua descrição se apresenta sistematicamente como o ‘débil Estado das coalizões partidárias. A ideia de neutralidade se estende assim à uma série de casos, que em última instância se resumem na grande tradição da burocracia profissional alemã (...). Pois bem. Despojado de suas aderências antidemocráticas – ou, mais exatamente, antiparlamentares – o conceito de neutralidade, tal como foi definido e sistematizado por Schmitt, se encontra presente nos estudos que, mais recentemente, mantêm a compatibilidade do sistema de governo parlamentar com ‘âmbitos livres do controle ministerial’. Assim, na classificação que dos mesmos leva à cabo Fichtmüller, se inclui o ‘executivo neutralizado politicamente’; ‘neutralidade significa, neste contexto – diz esse autor – a retirada do sistema de decisão por maiorias, a exclusão da influência dominante das forças políticas’.²⁸⁰

Em vista de todo o exposto, vale citar a síntese feita por Aragão acerca das características principais destes poderes ditos neutrais:

O que há de comum em todos estes órgãos que, sem dúvida, possuem escala de autonomia variável, é o (1) caráter não eletivo do provimento dos seus titulares; (2) a natureza preponderantemente técnica de suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação aos poderes políticos eletivos do Estado como forma de propiciar o (4) exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade tal como expressa por seus representantes.

Estes poderes neutrais do Estado, infensos ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo. São, com efeito, uma feliz combinação do pluralismo com o princípio majoritário.²⁸¹

É justamente esta neutralidade, este afastamento equidistante que permite aos órgãos controladores autônomos o exercício das atividades de controle (em regra, externo), pois, estivessem eles subordinados aos entes dos quais emanam os atos controlados, a fiscalização, tanto corretiva quanto (quando for o caso) repressiva, cairia por terra, não só no que toca à legalidade/regularidade dos atos controlados, mas também, e inclusive, quanto à sua legitimidade. Não se trata de afirmar que o controle é “apolítico”: toda atividade de fiscalização – principalmente nas modalidades que tocam a fundamentação dos atos controlados – implica uma tomada de posição²⁸². Trata-se de afirmar, isto sim, que esta tomada de posição (o aspecto “político” do controle), pelo órgão neutral/autônomo se dá de forma **controlada** (pois feita a partir de parâmetros técnico-formais) e **controlável** (pois a tomada de posição necessariamente deverá ser

²⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p.32-33.

²⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de, *op. cit.*, p.31-32.

²⁸² Pierre Rosanvallon nega peremptoriamente que tal imparcialidade seja apolítica, afirmando, ao contrário, que esta postura – “chave para uma nova forma de pensar o político e o social” – é profundamente política, implicando tanto “preocupação quanto ao estado do mundo” como “vontade de modifica-lo”. Veja-se ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 106-107.

reconduzida a um argumento técnico-jurídico, sob pena de invalidação/deslegitimação). Em outros termos: o exercício da dimensão política do controle se dá **dentro** (e não **à parte**) do Direito, não sobrando espaço para decisões casuísticas fundadas unicamente em critérios de ordem partidária (o controle, portanto, é **político**, no sentido exposto acima, mas eminentemente **apartidário**)

Importante destacar que a autonomia e a conseqüente neutralidade dos órgãos de controle é elemento largamente reconhecido na doutrina. Colhe-se, na lição de Ricardo Lobo Torres, que:

O Tribunal de Contas, a nosso ver, é órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política: auxilia o Legislativo no controle externo, fornecendo-lhe informações, pareceres e relatórios; auxilia a Administração e o Judiciário na autotutela da legalidade e no controle interno, orientando a sua ação e controlando os responsáveis por bens e valores públicos. Rui Barbosa já lhe indicava essas características ao defini-lo como “um mediador independente posto de permeio entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que quotidianamente a executa, auxiliar de um e outro que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um voto oportuno”. É imensa a doutrina, assim brasileira que estrangeira, favorável à colocação do Tribunal de Contas como órgão auxiliar dos Poderes do Estado, principalmente do Legislativo e do Executivo. Demais disso, o Tribunal de Contas auxilia a própria comunidade, uma vez que a Constituição Federal aumentou a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos direitos difusos. O Tribunal de Contas, por conseguinte, tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes.²⁸³

Com tal conclusão concorda Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem “(...) *a esta controvertida questão, sobre o enquadramento constitucional do Tribunal de Contas, não há senão responder que o Texto Constitucional houve por bem delineá-lo como um órgão autônomo, não enquadrado nem no Executivo, nem no Legislativo, nem no Judiciário*”²⁸⁴. Por certo, a crítica que poderia ser feita à estes poderes neutrais diz respeito ao enfraquecimento de sua legitimidade democrática, na medida em que os mesmos, colocados à parte em relação a formação de maiorias/minorias, não poderiam se beneficiar da legitimidade (ou seja, do consenso) advinda do sufrágio. Não nos parecer, contudo, que seja este o caso. E, para tal, compete-nos invocar a lição de Rosanvallon, o qual aponta ser possível extrair legitimidade da imparcialidade.

Rosanvallon, depois de demonstrar que, consoante a posição clássica, órgãos neutros e independentes não são representativos (e, por isso, deslegitimados

²⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, Vol. V – O Orçamento na Constituição, 3ª ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487-488.

²⁸⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas**, in FREITAS, Ney José (Coord.) **Tribunais de Contas – Aspectos Polêmicos – Estudos em homenagem ao Conselheiro João Feder.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 70.

democraticamente), propõe uma nova forma de abordar o tema, mencionando a possibilidade de distinguir entre uma “*representação de atenção e presença*” e uma “*representação orgânica*”, ambas capazes de imprimir legitimidade democrática aos órgãos neutrais:

Uma autoridade independente pode ser representativa em um sentido tradicional se a mesma for estruturalmente pluralista (e.g. as “*comissões bipartidárias*” que se podem encontrar nos Estados Unidos). Mas elas também podem ser representativas em um sentido *pragmático* se estiverem abertas aos subsídios sociais e às aspirações e demandas dos cidadãos. Ser representativo então significa estar atento aos problemas, conflitos e divisões sociais. Também significa considerar a diversidade e mostrar atenção particular para aqueles cidadãos que provavelmente estão tendo dificuldades em se fazer ouvir. Finalmente, significa estar atento a certas necessidades sociais específicas e disposto a acomodar os membros menos visíveis da sociedade em direitos e dignidade.

Portanto, acessibilidade é, para uma autoridade independente, o mesmo que proximidade para uma representação eleitoral. Com certeza, acessibilidade é uma forma “*modesta*” de representação. Embora ela não tenha nem a visibilidade nem a força dos mecanismos que permite à sociedade expressar-se acerca de temas políticos mais amplos, ela não obstante garante que aqueles que, de outra forma seriam negligenciados ou esquecidos tenham uma voz. Ela também garante que a sociedade continue a prestar atenção em certas áreas específicas no intervalo entre eleições, as quais concentram a atenção de forma intermitente. Acessibilidade é, então, uma forma de representação e concentração da atenção que complementa e repara certos defeitos do modelo de representação via delegação.²⁸⁵

Repare-se que a legitimidade atribuída ao órgão independente encontra sua contraparte na legitimidade atribuída ao procedimento: estar aberto aos subsídios advindos do meio social implica em atribuir a estes a devida importância (análise/aceitação/refutação) no âmbito dos procedimentos. Em outras palavras: o órgão neutro, para ser efetivamente imparcial, precisa levar em consideração todos os possíveis pontos de vista; aceita-los, ou, se for o caso, refutá-los, expondo, obviamente, as razões de uma ou outra conduta. É o que aponta Rosanvallon, à luz das obras de Hannah Arendt e Immanuel Kant:

²⁸⁵ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 88. No original: “An independent authority can be representative in a traditional sense if it is structurally pluralistic (e.g., the “bipartisan commissions” one finds in the United States). But it can also be representative in a pragmatic sense if it is open to social input and attentive to the aspirations and demands of citizens. To be representative then means to be attentive to social problems, conflicts, and divisions. It also means to be concerned about diversity and to show particular solicitude for those citizens likely to have difficulty in making their voices heard. Finally, it means being attentive to certain specific social needs and willing to accord society’s least visible members their rightful place and dignity. Accordingly, accessibility plays the same role for an independent authority as proximity does in electoral representation. To be sure, accessibility is a “modest” form of representation. Although it has neither the visibility nor the force of the mechanisms that enable society to express itself in broader political terms, it nevertheless ensures that those who would otherwise tend to be neglected or forgotten have a voice. It also ensures that society continues to pay attention to certain specific areas in the interval between elections, which focus attention only intermittently. Accessibility is thus a form of representation and attention focusing that complements and repairs defects in the delegation-representation model”.

Julgamento imparcial pode ainda ser representativo em outro sentido: ele requer que toda a informação acerca de um problema seja levada em consideração. Nenhuma situação relevante pode ser ignorada. Imparcialidade então implica vigilância e uma presença ativa no mundo, uma determinação em representar a realidade social tão fielmente quanto possível. Tal como apontado por Hannah Arendt, imparcialidade para Kant significava “*adotar todos os possíveis pontos de vista*”. Longe de ser o resultado de uma indiferença em relação ao mundo, de um ponto de vista superior e destacado, a imparcialidade é, ao revés, uma consequência da “*imersão reflexiva*”. Arendt conclui que ela envolve alargar o pensamento próprio de molde a levar em consideração o pensamento dos outros. Esta “*expansão do pensamento*” é uma forma de superar a estreiteza de visões particulares e de trabalhar em direção à um tipo de generalidade. Ela tem raiz em um esforço de representar toda a sociedade ao invés de apenas algumas vozes dominantes ou segmentos altamente visíveis da opinião pública.²⁸⁶

Além desta legitimidade decorrente de uma “*representação*” – ainda de, de certa forma, “*ficta*” – dos diversos dissensos contuendísticos existentes na sociedade, aponta-se ainda outra forma complementar de produção da legitimidade representativa (e, por isso, democrática). Rosanvallon alude à uma noção de “*órgão*” como algo que dá voz e significado à uma totalidade social que, de outra forma, não é capaz de existir ou de se expressar de forma independente, de forma análoga à própria interpretação do termo “*órgão*” no âmbito do Direito Público, como centros de imputação da vontade estatal²⁸⁷. Partindo da doutrina da representação estabelecida por Sieyès na época da Revolução Francesa e aproveitada por Hamilton e Madison nos Estados Unidos, Rosanvallon aponta, invocando as lições de Carré de Malberg, que esta modalidade de “*representação*” é útil para esclarecer o *status* destes órgãos e autoridades independentes:

(...) Embora estes poderes não sejam (em regra) eleitos, sua função é agir e ter vontade para a nação. Na lei francesa, por exemplo, os juízes decidem “em nome do povo francês”. Hoje em dia são estes tipos de agentes que encarnam, mais claramente, o papel de representantes orgânicos, no sentido que lhes deu Carré de Malberg. Eles

²⁸⁶ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 89. No original: “*Impartial judgment can be representative in another sense as well: it requires all information about a problem to be taken into account. No relevant situation can be ignored. Impartiality thus implies vigilance and an active presence in the world, a determination to represent social reality as faithfully as possible. As Hannah Arendt points out, impartiality for Kant meant “adopting all conceivable points of view”. Far from being the result of aloofness from the world, from a detached and superior view, impartiality is rather a consequence of “reflective immersion”. Arendt concludes that it involves broadening one’s own thinking in order to take account of the thinking of others. This “enlargement of thought” is a way of overcoming the narrowness of particular views and working toward a kind of generality. It stems from an effort to represent all of society rather than just a few dominant voices or highly visible segments of public opinion.*”

²⁸⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto anota que “O vocábulo ‘órgão’, de origem grega (significando instrumento), é empregado em Direito para indicar a parte instrumental de um corpo estatal. Otto Gierke, clássico do tema, distingue os institutos órgão e representação, para destacar que o órgão, sendo parte de um corpo, não atua representando-o, mas em direito próprio”, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo, 14ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 22. Da mesma maneira, Reinhold Zippelius, em sua Teoria Geral do Estado, afirma ser este último, na verdade, um “esquema de imputação”, estruturado em diversos “âmbitos de função”, in ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria General del Estado – Ciencia de la Política.** Ciudad Universitaria: UNAM, 1985, p. 97 e segs.

podem preencher legitimamente esta função em virtude de sua independência. Por isso, eles estão em posição de manifestar vontade para a nação na imagem dos deputados idealizados pelos constituintes de 1789. Esta característica merece ênfase ainda maior na medida em que assembleias eleitas se afastaram cada vez mais deste modelo orgânico original. Isto se dá em porque a noção de mandato exerce uma força enorme na imaginação dos cidadãos, apesar dos limites e contradições que lhe são inerentes. Hoje em dia, duas categorias que por um longo tempo se sobrepuseram parcialmente, representação como mandato e representação como órgão, são quase que totalmente distintas. De fato, é por esta medida que devemos julgar a ascensão deste novo tipo de autoridade descrita acima e medir a fonte de sua legitimidade social.²⁸⁸

Esta legitimidade – decorrente da imparcialidade e oriunda do caráter orgânico da autoridade independente – encontra sua contraparte na legitimidade reflexiva antes descrita. Se estes órgãos independentes – como, por exemplo, os Tribunais de Contas – têm por função manifestar “*vontade para a nação*” (*will for the nation*) e a vontade da nação é – pelo menos em linhas gerais – aquela estabelecida na Carta Constitucional (ou seja, a tutela e concretização dos direitos fundamentais, através das políticas públicas), resta claro que estes órgãos de controle se legitimam na exata medida em que cumprem este papel: o papel de controlar a realização das políticas públicas de maneira a verificar se, e em que medida, estas políticas públicas concretizam os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição (a “*vontade para a nação*”).

Exposta, assim, a estrutura de uma nova visão para a legitimidade estabelecida no art. 70 da CRFB: **legitimidade reflexiva** (a ser utilizada como parâmetro para o controle dos atos da Administração); **legitimidade procedimental** (a ser utilizada como alicerce, como sustentáculo da ação de controle) e **legitimidade orgânica** (decorrente da independência e da autonomia do órgão de controle e complementar em relação às demais), se impõe agora avançar, e verificar se, à luz de todo o exposto, é possível um “*ativismo de Contas*”.

²⁸⁸ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 90. No original: “*Although these powers are not (generally) elected, their function is to act and will for the nation. In French law, for example, judges decide “in the name of the French people”. Today it is these kinds of agencies that most clearly play the role of organic representatives in Carré de Malberg’s sense. They can legitimately fulfill this function because of their independent status. They are therefore in a position to will for the nation, in the image of the idealized deputies envisioned by the constituents of 1789. This characteristic deserves emphasis all the more because elected assemblies have grown increasingly remote from this original organic model. This is because the notion of a mandate exerts such a grip on the imagination of citizens, despite its inherent limits and contradictions. Today, two categories that for a long time at least partially overlapped, representation as mandate and representation as organ, are almost entirely distinct. Indeed, it is by this measure that we should judge the rise of the new type of authority described above and gauge the source of its social legitimacy*”.

4. Precisamos de um “Ativismo de Contas”?

Com efeito, não se encontra no escopo deste trabalho um aprofundamento na história da expressão “*ativismo judicial*”, bastando, para nossos fins, a construção de um conceito mais ou menos exato acerca do que viria a significar este “*ativismo*”, para, a partir dele, estabelecermos a possibilidade (ou não) de um “*ativismo de Contas*”. Assim sendo, podemos adotar, para as finalidades deste estudo, a noção de ativismo judicial propugnada por Barroso, para quem “(...) a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (...)”²⁸⁹. Esta participação (ou interferência) por sua vez, ocorre, de acordo com Kmiec, a partir de cinco diferentes medidas: (i) invalidar medidas, editadas pelos Poderes Executivo ou Legislativo, cujo juízo de inconstitucionalidade é duvidoso²⁹⁰; (ii) ignorar precedentes aplicáveis ao caso²⁹¹; (iii) a criação, através da interpretação (principalmente do texto constitucional), de medidas que poderiam ser denominadas de “*legislação criada pelo Judiciário*”²⁹²; (iv) um afastamento das práticas interpretativas normalmente adotadas e aceitas²⁹³ e (v) realizar julgamentos em função dos seus resultados²⁹⁴.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁰ Diz Kmiec: “*In other words, the Court is engaging in judicial activism when it reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches*”, in KMIIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**, *California Law Review*, vol. 92, 2004, p. 1464-1465.

²⁹¹ Existindo, aqui, distinções acerca da “*posição*” do precedente (se o mesmo é vertical, isto é, oriundo da Suprema Corte, ou horizontal, quando proveniente da própria Corte que o ignora) e da “*natureza*” do precedente (se os mesmos são de ordem constitucional, acerca da interpretação da legislação editada pelo Poder Legislativo ou se versam acerca de temas afetos à *Common Law*) Veja-se KMIIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1466-1471.

²⁹² Conforme Kmiec: “*Justice Powell essentially saw the courts as doing the work of local and state legislatures. While recognizing that this may be convenient and salutary in some circumstances, he conclude with one of the most forceful arguments against this form of judicial activism. ‘Courts are the branch least competent to provide long-range solutions acceptable to the public and most conducive to achieving both diversity in the classroom and quality education’. In short, courts are less competent policy-making bodies than the legislature*”, in KMIIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1472.

²⁹³ Há também, neste particular, uma distinção a ser feita, pois alguns consideram ativismo a simples não utilização das práticas interpretativas mais aceitas, enquanto outros apontam que o uso incorreto de tais práticas também se consubstancia em uma forma de ativismo. Confira-se KMIIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1473-1475.

²⁹⁴ Neste caso específico, Kmiec aponta para um elemento de intencionalidade no julgamento. Diz Kmiec: “*In other words, a decision is ‘activist’ only when (a) the judge has an ulterior motive for making the ruling; and (b) the decision departs from some ‘baseline’ of correctness. How ‘activist’ the decision is depends on how far it deviates from this baseline*”, in KMIIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1476.

Não obstante a diversidade de conceitos acerca do ativismo judicial, pode-se afirmar, sem medo de errar, que se trata de expressão oriunda do constitucionalismo norte-americano, visando designar a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, principalmente no interregno havido entre 1954 e 1969, período em que foi presidida pelo *Justice Earl Warren*. De acordo com Barroso:

(...) Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.²⁹⁵

Importa apontar, neste diapasão, que, embora o termo “*ativismo judicial*” seja algo relativamente recente, o conceito por trás dele não o é. Kennan Kmiec, em estudo que busca trazer alguma clareza conceitual à questão, aponta que:

A ideia de ativismo judicial está entre nós há muito mais tempo que a utilização do termo. Antes mesmo do século XX, estudiosos do Direito se colocavam em posição defensiva diante do conceito de legislação judicial, isto é, da atividade dos juízes criar lei positiva. “Enquanto Blackstone defendia a legislação judicial como a característica mais forte da *Common Law*, Bentham a considerava uma usurpação da função legislativa e um verdadeiro truque, um ‘malsinado sofisma’. Bentham, a seu turno, ensinou a John Austin, que rejeitou a visão de Bentham e defendeu uma forma de legislação judicial em suas famosas aulas sobre jurisprudência. Na primeira metade do século XX, uma série de estudos discutiram os méritos da legislação judicial, e os estudiosos tomaram suas respectivas posições de cada lado do debate.

Críticas quanto a legislação constitucional judicial foram particularmente veementes durante a era *Lochner*. Críticos atacavam a preferência da Corte por interesses negociais conforme ela derrubava seguidamente legislação social em nome do Devido Processo substantivo. Enquanto alguns estudiosos modernos considerem *Lochner* e sua prole como virtualmente sinônimos com “ativismo judicial”, o termo é conspicuamente ausente da crítica contemporânea. O *New Deal* e a “revolução” de 1937 inauguraram uma nova leva de comentários críticos, mas, novamente, a literatura contemporânea não menciona o “ativismo judicial” pelo seu nome. Muitos anos depois, quando os juízes concordavam que o *New Deal* se encontrava em firme solo constitucional, o termo finalmente apareceu no discurso legal.²⁹⁶

²⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 9-10.

²⁹⁶ KMIEC, Keenan D., *op. cit.* p. 1444-1445. No original: “*The idea of judicial activism has been around far longer than the term. Before the twentieth century, legal scholars squared off over the concept of judicial legislation, that is, judges making positive law. “Where Blackstone favored judicial legislation as the strongest characteristic of the common law, Bentham regarded this as an usurpation of the legislative function and a charade or ‘miserable sophistry.’ Bentham, in turn, taught John Austin, who rejected Bentham’s view and defended a form of judicial legislation in his famous lectures on jurisprudence.’ In the first half of the twentieth century, a flood of scholarship discussed the merits of judicial legislation, and prominent scholars took positions on either side of the debate. Criticism of constitutional judicial*

Como apontado por Kmiec, trata-se de um novo termo para uma questão antiga presente no Direito, referente à atividade criativa dos julgadores. Tanto assim que, ainda de acordo com Kmiec, a expressão “*ativismo judicial*” aparece, pela primeira vez, em uma publicação voltada não para juristas, mas para o público em geral, no ano de 1947²⁹⁷. Para que se tenha uma noção mais exata da questão, basta apontar que os primeiros estudos acadêmicos acerca da expressão surgiram na Universidade de Toronto, ao longo dos anos 50 e que a primeira utilização da expressão em uma decisão judicial ocorreu apenas em 1959, em uma nota de rodapé, certamente com caráter de *obiter dicta*²⁹⁸.

Portanto, para estabelecer o que viria a ser um “*ativismo de Contas*”, mostra-se necessário, antes, descobrir o que viria a ser o seu paralelo, o “*ativismo*” dito “*judicial*”. O ativismo judicial, por sua vez, escapa à definições simples, na medida em que um possível conceito de ativismo pode se misturar à ideia de “*judicialização*”²⁹⁹, pode ser objeto de críticas de cunho ideológico³⁰⁰, e ainda servir como expressão “*guarda-chuva*”, utilizada sem um significado preciso, apenas e tão somente para criticar uma decisão da qual se discorda³⁰¹.

legislation was particularly vehement during the Lochner" era. Critics assailed the Court's preference for business interests as it repeatedly struck down social legislation in the name of substantive Due Process. While some modern scholars consider Lochner and its progeny virtually synonymous with "judicial activism," the term is conspicuously absent from contemporaneous criticism. The New Deal and the "revolution" of 1937 ushered in another spate of critical commentary, but again, contemporaneous literature does not mention "judicial activism" by name. Years later, after the justices agreed that the New Deal was on firm constitutional ground, the term finally surfaced in legal discourse".

²⁹⁷ Conforme KMIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1445 e segs.

²⁹⁸ Conforme KMIEC, Keenan D., *op. cit.*, p. 1445 e segs.

²⁹⁹ Na dicção de Barroso, a judicialização “(...) constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário (...)”, posto que “(...) Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão (...)”, ao passo que “(...) o modo como venham a exercer esta competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”, in BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 8-9.

³⁰⁰ Dimoulis e Lunardi indagam, em artigo sobre o tema: “Como se posicionar perante o ativismo se não se sabe quais magistrados e decisões são ativistas? Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas, em particular rejeitando as posturas progressistas dos tribunais”, cf. DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf, acesso em 05.04.2015.

³⁰¹ De acordo com Carolina Scherer Bicca, “O problema a ser enfrentado consiste em saber se existe, efetivamente, uma definição de “ativismo judicial” ou se a expressão é mais uma daquelas expressões abrangentes, em que tudo se enquadra dependendo do ponto de vista do locutor, sendo mais um instrumento de crítica do Poder Judiciário quando não se concorda com determinada postura ou decisão judicial”, cf. BICCA, Carolina Scherer. **Desmistificando o Ativismo Judicial**, in *Direito Público*, Vol. 1, nº 46 (2012). Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1277/1169>, acesso em 05.04.2015.

Barroso, adaptando o rol estabelecido por Kmiec às características nacionais, aponta para a existência de diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, onde ficaria clara sua postura ativista. Diz Barroso:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.³⁰²

Assim sendo, um eventual “*ativismo de Contas*” poderia ser caracterizado pela realização da atividade de controle externo, de atribuição dos Tribunais de Contas, de maneira a interferir, com mais vigor, no âmbito da Administração Pública objeto do controle, visando, com isso, concretizar, em maior ou menor grau, os valores e fins estabelecidos na Constituição. Vale dizer: as competências atribuídas aos Tribunais de Contas passariam a ser exercidas de forma mais ativa, em situação onde os poderes de controle e auditoria atribuídos às Cortes de Contas passariam a ser utilizados tal como as Cortes Judiciárias utilizam a jurisdição, principalmente nos casos de inércia legislativa e de insuficiência/inexistência de políticas públicas.

O “*ativismo de contas*”, portanto, se caracterizaria, dentre outras coisas, por: (i) uma maior eficácia e efetividade das decisões tomadas pelos Tribunais de Contas, com a imposição das sanções necessárias ao cumprimento de tudo quanto ordenado pelo órgão; (ii) uma efetiva utilização das competências corretivas dos Tribunais, admitindo-se que a insuficiência/deficiência no financiamento/realização de uma política pública configura uma “*ilegalidade*” (para usar a dicção do art. 71, IX da CRFB) a ser corrigida e (iii) uma valorização das competências de investigação/auditoria das Cortes de Contas, para além do mero controle da conformidade, visando também o controle do desempenho das políticas públicas (com a verificação, na realidade concreta, do maior/menor grau de realização do direito fundamental envolvido).

O controle do desempenho, quando combinado com a competência corretiva, pode levar à um ganho de eficiência na realização da política pública controlada (sendo a deficiência na prestação de uma política pública uma “*ilegalidade*”, posto que

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição (...), op. cit.*, p. 10-11.

violadora do direito fundamental que se visa garantir a partir daquela política pública, caberá ao Tribunal apontar as medidas capazes de sanar aquela “ilegalidade”, ou seja, apontar quais as medidas que devem ser tomadas para que aquela política pública seja prestada sem deficiências, realizando, no maior grau possível, o direito fundamental subjacente à política pública). Da mesma forma, o controle de conformidade, por sua vez, poderá aumentar (através da imposição de sanção, se o caso assim exigir) o grau de *accountability* a que o gestor público deve se submeter, sendo certo que tal medida em muito atenderia aos reclamos de transparência e responsividade hoje existentes no âmbito da sociedade.

Além disto – e embora não disponhamos dos dados empíricos necessários para a confirmação da hipótese – uma atuação “ativista” das Cortes de Contas iria, a nosso sentir, permitir um maior “desafogamento” das vias judiciais *strictu sensu*, as quais, hoje, são obrigadas a enfrentar, além das inúmeras demandas individuais (função que, classicamente, é cometida aos órgãos judiciais), demandas coletivas de toda a espécie, sem, muitas vezes, dispor (como os órgãos de controle externo) do ferramental adequado para a resolução de tais questões.

Mutatis mutandis, o mesmo ferramental descrito por Kmiec e Barroso poderia ser utilizado pelas Cortes de Contas em tal desiderato, uma vez que também compete aos Tribunais de Contas (como, de resto, aos demais aplicadores do Direito) a aplicação direta da Constituição. Da mesma forma, o próprio Supremo Tribunal Federal dispõe de entendimento sumulado³⁰³ admitindo aos Tribunais de Contas a realização de juízo acerca da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) de uma norma qualquer. Por fim, aos Tribunais de Contas também se reconhece atribuição para impor condutas/abstenções ao Poder Público (normalmente com base no art. 71, incisos IX e X³⁰⁴ da CRFB), sendo até mesmo reconhecido aos Tribunais de Contas, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, poder geral de cautela, nos mesmos moldes do atribuído aos

³⁰³ Trata-se da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Frise-se, por oportuno, que não se admite aos Tribunais de Contas o controle abstrato da constitucionalidade de uma norma, mas apenas o controle concreto, isto é, o juízo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) deverá estar, necessariamente, voltado à apreciação de um caso concreto qualquer.

³⁰⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

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;

órgãos judiciários³⁰⁵. Isto, ao nosso sentir, implica em afirmar que as Cortes de Contas podem sofrer exatamente os mesmos questionamentos que os órgãos judiciais experimentam quando optam, em julgamentos e decisões, por uma postura ativista. Impõe-se, pois, analisar duas críticas que são normalmente feitas à postura judicial ativista: a crítica feita a partir da chamada “*dificuldade contramajoritária*” e a crítica feita a partir do princípio da separação dos poderes.

4.1. “Ativismo de Contas” e Democracia – Possibilidades de atuação contramajoritária dos Tribunais de Contas

Se aos Tribunais de Contas compete –ainda que também sujeitos ao paradigma da inafastabilidade da jurisdição, tal com lançado no art. 5º, XXXV da CRFB – o controle externo dos atos emanados da Administração Pública, é mister reconhecer que os Tribunais de Contas estão sujeitos à uma versão, por assim dizer, ainda mais “*forte*” da denominada dificuldade contramajoritária³⁰⁶. De acordo com Sarmento e Souza Neto, a expressão “*dificuldade contramajoritária*” foi cunhada pelo constitucionalista norte-americano Alexander M. Bickel, em obra específica sobre o tema, para designar o “(...) *fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leitura divergente na sociedade (...)*”³⁰⁷. Com efeito, o criador da expressão assim se manifesta:

A raiz da dificuldade encontra-se no fato de que o controle judicial é uma força contramajoritária em nosso sistema. Existem várias formas de ‘passar por cima’ desta realidade inelutável. Marshal o fez quando falou em fazer cumprir, ‘em nome do povo’, os limites que se haviam ordenado para as instituições de um governo limitado. E isto tem sido feito daí para frente da mesma forma por uma série de outros comentadores. O próprio Marshal seguiu Hamilton, o qual, no 78º Federalista negou que o controle judicial implicava uma superioridade do poder judicial sobre o poder legislativo – negando, em outras palavras, que o controle judicial constituía o controle de uma minoria não representativa sobre uma maioria eleita. “Ele apenas supõe” – prosseguiu Hamilton “que o poder do povo é superior à ambos; e que quando a vontade da

³⁰⁵ Conforme se extrai, dentre outros, da ementa do Mandado de Segurança nº 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, bem como da ementa da Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 26.547/DF, Rel. Min. Celso de Mello, ambos do STF.

³⁰⁶ Tal afirmação é feita na medida em que se reconhece que a dificuldade contramajoritária apontada ao Poder Judiciário surge quando este se contrapõe aos atos dos demais Poderes (eleitos democraticamente), sendo certo, porém, que esta é uma, dentre várias, de suas funções (decorrentes do princípio da inafastabilidade da jurisdição). Aos Tribunais de Contas, porém, foram atribuídas competências específicas para realizar, diariamente, esta contraposição Vale dizer: aos Tribunais de Contas compete – especificamente – contrapor-se (controlar) aos atos dos demais Poderes.

³⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 31.

legislatura, declarada em seus estatutos, estiver em oposição com a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados por esta, e não por aquela”. Mas a palavra ‘povo’ ali utilizada é uma abstração. Não necessariamente uma abstração sem significado ou perniciosa; sempre carregada com emoção, mas não representativa – uma abstração que obscurece a realidade de que quando a Corte Suprema declara inconstitucional um ato do Legislativo ou a ação de um membro eleito do Executivo, ela frustra a vontade de representantes do povo atual, do aqui e do agora; ela exerce controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela. É isto, sem conotações místicas, o que de fato acontece. Isto é algo completamente diferente, e é a razão pela qual se pode acusar o controle judicial de ser antidemocrático.³⁰⁸

Como se vê, a dificuldade contramajoritária envolve, essencialmente, o confronto entre a legitimidade oriunda do princípio da maioria e a legitimidade decorrente de uma opção constitucional (de permitir o controle pelos Tribunais Judiciais e, em nosso caso específico, pelos Tribunais de Contas). A solução para este impasse, contudo, já foi mencionada, no item 3.4, quando foi abordada a legitimidade de “*representação e atenção*” e a legitimidade “*orgânica*” que se podem atribuir aos órgãos autônomos e independentes, como os Tribunais de Contas.

No que tange à legitimidade de representação e atenção, a distinção feita por Rosanvallon pode implicar também em uma distinção **dentro** da própria noção de representação, na medida em que Alexy aponta que se poderia conceber, em favor destes órgãos independentes tanto uma representação **política** como uma representação **argumentativa** - principalmente quando estes órgãos autônomos (Tribunais Constitucionais e/ou Tribunais de Contas) – atuam no sentido da proteção e do fomento dos direitos fundamentais. Consoante Alexy:

A chave para a solução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: “Todo o poder estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O

³⁰⁸ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the bar of Politics**. New Haven: Yale Law Press, 1986, p. 16-17. No original: “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshal did so when he spoke of enforcing, in behalf of ‘the people’, the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshal himself followed Hamilton, who in the 78th Federalist denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power – denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. ‘It only supposes’, Hamilton went on, ‘that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter than the former’ But the word ‘people’ so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational – an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, no in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic*”.

parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões, que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão, então, reconciliados. Com isso, está fixado, como resultado, que o ideal, do qual fala a declaração dos direitos do homem universal, pode ser realizado e não precisa fracassar em uma contradição interna entre direitos fundamentais e democracia.³⁰⁹

A legitimação da atuação contramajoritária dos órgãos autônomos de controle, pela via argumentativa, se aproveita tanto dos elementos de legitimação decorrentes da adoção dos direitos/deveres fundamentais como parâmetro de controle (consoante explicitado no item 3.2) como dos elementos de legitimação decorrentes da procedimentalidade inerentes às ações de controle (tal como específico no item 3.3). Destarte, a eventual ação contramajoritária dos Tribunais de Contas se apoiará nos direitos e deveres fundamentais – os quais serão os parâmetros eleitos para o cotejo dos atos controlados – e se dará no âmbito de um procedimento – onde são valorizadas as participações das partes (órgãos da Administração Pública que emanaram o ato sujeito ao controle, Corpo Instrutivo do Tribunal, Ministério Público de Contas, Corpo Deliberativo e eventuais interessados, sejam indivíduos, sejam entes coletivos, como associações, sindicatos, etc).

Além disto, e como apontado por Rosanvallon, estes órgãos manifestam “*vontade para a Nação*” – representando, com isso, também um poder democrático, embora independente de qualquer opção político/partidária/eleitoral, e, por isso mesmo, imparcial, capaz de apreciar e adotar qualquer ponto de vista, sem conotações de ordem ideológica – e, mais do que isso, representam o que Rosanvallon denomina como uma forma “*negativa*” de apropriação do poder comum – um “*espaço vazio*”, onde inexistente atuação político-partidária - , uma vez que o projeto democrático, modernamente, não

³⁰⁹ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático, in **Constitucionalismo Discursivo**, 4^ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53-54.

pode ser entendido unicamente à luz da dicotomia Maioria vs. Minoria³¹⁰. Leciona Rosanvallon:

O projeto democrático também se sustenta na ideia de que o poder deve designar um “espaço vazio” (*lieu vide*). Claude Lefort formulou esta sugestiva frase para indicar que em uma democracia ninguém pode monopolizar o poder (em contraste ao poder aristocrático, concebido como um *dominium*, e ao poder eclesiástico, concebido como um *ministerium*); ele só pode surgir do consenso livre.

De fato, existem duas formas de se realizar esta necessária “desapropriação”, tal como a denominei em trabalho anterior. Uma é dizer que o poder só pode pertencer à uma comunidade inteira de cidadãos; que ele é a propriedade indivisível de um sujeito social chamado ‘o povo’ ou ‘a nação’. O problema, contudo, é que este sujeito é sempre virtual, nunca substantivo. Ele está sempre dividido por opiniões e interesses divergentes. Então esta aproximação à apropriação coletiva do poder, que pode ser denominada de ‘positiva’, não resolverá a questão. Não obstante, ela é inevitável. Porém, nós nunca devemos nos esquecer que ela é incompleta e insatisfatória; na medida em que ela sempre irá redundar à regra da maioria em uma sociedade na qual as eleições girarão em torno do embate de interesses eleitorais opostos. Com isso, a socialização do poder de uma forma negativa é necessária para corrigir as deficiências da forma positiva. Isto é o que significa dizer que o poder democrático deve designar ‘espaços vazios’.³¹¹

Portanto, a tríplice leitura da noção de legitimidade constante do art. 70 da CRFB (legitimidade como abertura do parâmetro de controle aos direitos fundamentais; legitimidade como sustentação dos procedimentos utilizados na ação de controle, pela via da participação e da mediação dos dissensos contenciosos; e legitimidade como atributo orgânico dos Tribunais de Contas, pela via da independência e da autonomia) opera no sentido de permitir, também à estes órgãos de controle (e nos mesmos moldes das Cortes Constitucionais) a superação do dilema contramajoritário, reconhecendo-se, também aos órgãos de controle - e talvez, muito mais a estes do que ao próprio Poder Judiciário, posto que, como já apontado, sendo a função precípua dos órgãos de controle

³¹⁰ Robert A. Dahl aponta que uma moderna democracia representativa exigiria, pelo menos, seis diferentes instituições para sua configuração: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações e cidadania inclusiva. Confira-se, neste diapasão, DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UnB, 2001, p. 99-100.

³¹¹ ROSANVALLON, Pierre, 2011, *op. cit.*, p. 98. No original: “*The democratic project also hinges on the idea that power must designate an “empty place” (lieu vide). Claude Lefort formulated this suggestive phrase to indicate that in a democracy no one can monopolize power (in contrast to aristocratic power, which is conceived as dominium, and ecclesiastical power, which is conceived as ministerium); it can arise only from free consent. In fact, there are two ways of accomplishing this necessary “disappropriation,” as I called it in an earlier work. One is to say that power can belong only to the entire community of citizens, that it is the indivisible property of a social subject called “the people” or “the nation”. The problem, however, is that this subject is always virtual, never substantive. It is always divided by divergent interests and opinions. So this approach to the collective appropriation of power, which might be termed positive, will not do. It is nevertheless all but unavoidable. Yet we must never forget that it is incomplete and unsatisfactory, since it always comes down to majority rule in a society in which elections revolve around the clash of opposing political interests. Hence the socialization of power in a negative form is needed as a corrective to the shortcomings of the positive form. That is what it means to say that democratic power designates an empty place*”.

o exame dos atos dos Poderes legitimados pelas urnas³¹² - , a possibilidade de contrapor-se, efetivamente, aos atos emanados dos demais Poderes, sem que isso signifique ofensa ao princípio democrático.

4.2. “Ativismo de Contas” e Separação dos Poderes (noção abstrata de Separação dos Poderes x Separação dos Poderes na CRFB/88)

Uma segunda objeção que se poderia fazer a uma atuação “*ativista*” por parte dos Tribunais de Contas adviria de uma determinada concepção da noção de separação de poderes³¹³, sendo certo que, neste caso, apontar-se-ia que a opção por uma atuação mais proativa por parte dos órgãos de controle externo resultaria em invasão do campo de competências delimitado pela Constituição da República em favor dos demais Poderes³¹⁴. Trata-se de crítica que também é feita quando o Poder Judiciário atua a partir de uma postura “*ativista*”, principalmente nos casos em que o Poder Judiciário atua diretamente a partir das normas constitucionais, cujo maior grau de abstração normalmente exige alguma forma de *interpositio legislatoris*.

Nestes casos – ou seja, quando o Judiciário atua sem aguardar a mediação legislativa, ou mesmo a regulamentação oriunda do Poder Executivo – poder-se-ia afirmar que o Poder Judiciário, ao agir de modo “*ativista*”, termina por desrespeitar os limites de suas atribuições, tal como delimitadas pela Constituição da República, passando a atuar em seara que não lhe seria própria. Vale dizer: o Judiciário, neste aspecto, estaria desrespeitando o denominado princípio da separação dos poderes.

Tais argumentos, em tudo e por tudo, poderiam ser também endereçados aos Tribunais de Contas. Assim, uma eventual atuação “*ativista*” por parte das Cortes de Contas poderia atrair críticas no sentido de que os órgãos de controle externo estariam

³¹² Não se desconhece, neste ponto, que aos órgãos de controle também é atribuída a função de controlar os atos do Poder Judiciário (o qual, ao contrário dos Poderes Executivo e Legislativo, não é composto de membros selecionados a partir de procedimentos eletivos). Contudo, as atribuições de controle afetas às Cortes de Contas não alcançam os atos jurisdicionais praticados pelo Poder Judiciário, abarcando tão somente os atos de natureza administrativa (função dita atípica do Poder Judiciário). Isto, e mais o fato de que se trata de apresentar uma possível refutação a denominada dificuldade contramajoritária, implicou em enfatizar, na passagem em questão, a possibilidade de controle dos atos emanados dos Poderes legitimados pela regra da maioria.

³¹³ Não se ignora, por certo, que a atual leitura de tal princípio evoca a noção de separação de funções, reconhecendo-se ao poder estatal as características da unidade e da indivisibilidade. Não obstante, para que se mantenha a coerência com a doutrina corrente, utilizar-se-á, neste trabalho, a expressão classicamente utilizada.

³¹⁴ É o que aponta Américo Bedê Freire Junior, ao assentar que “Uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensão com as demais funções do Poder”, *in* FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

atuando em seara que lhes seria imprópria, à luz da noção de separação dos poderes estatais. Assim sendo, para oferecer resposta adequada a esta crítica mostra-se necessário verificar, ainda que sem maiores detalhes, o que vem a ser separação dos poderes.

Com efeito, tal princípio de separação dos poderes já conta com longo desenvolvimento histórico, sucintamente apontado por Américo Bedê Freire Junior, o qual, apoiando-se em Gough, aduz que:

(...) a invenção da doutrina da separação dos poderes foi frequentemente atribuída a Montesquieu, e vários críticos já acentuaram a originalidade e independência de sua contribuição, neste aspecto, à ciência política. Já em 1836, contudo, um escritor alemão, Carl Ernst Jarcke, descobriu em Locke o criador da doutrina da separação e equilíbrio dos poderes e, considerando esta como uma descrição absurda e impossível da constituição inglesa, estigmatizou-o como o criador da falsa teoria do estado inglês.³¹⁵

Cíntia Morgado, por sua vez, ao realizar um esboço histórico da noção de separação dos poderes no âmbito estatal, reproduz a distinção estabelecida por Nuno Piçarra, entre **doutrina** da separação dos poderes e **princípio** da separação dos poderes:

A *doutrina* da separação de Poderes recebeu sua consagração na obra de Montesquieu. Em sua clássica obra, *O Espírito das Leis*, o autor francês asseverou que não seria possível a existência de liberdade se o poder estivesse nas mãos de um só indivíduo, já que o poder seria ilimitado e tenderia o homem ao abuso. E, por isso, o exercício das atividades estatais deveria ser dividido entre três Poderes, de modo a formar um repouso ou uma inação.

O *princípio* da separação dos Poderes, por sua vez, foi, pela primeira vez, proclamado, de modo solene, como dogma político fundamental da organização democrático-constitucional, em algumas Constituições das colônias norte-americanas, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e na Constituição norte-americana de 1787. Neste período, impulsionado pelas revoluções liberais, ganhou vulto o movimento constitucional, que impôs o chamado conceito ideal de constituição, apresentando como elementos materiais caracterizadores os seguintes: a) sistema de garantias da liberdade; b) princípio da divisão dos Poderes; c) constituição escrita. Com base neste ideal, estabeleceu-se o conceito negativo de Constituição, ou sua *ratio essendi*, que proclamou que não teria Constituição a sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes.³¹⁶

Já no que toca às funções realizadas pela noção de separação dos poderes no âmbito da teoria do Estado, importa mencionar a contribuição de Felipe de Melo Fonte, realçando este autor três diferentes aspectos que podem ser carreados ao dito princípio: proteção contra a “*tiranía da minoria*”; proteção contra a “*tiranía da maioria*” e

³¹⁵ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê, *op. cit.*, p. 35-36.

³¹⁶ MORGADO, Cíntia. A nova face da Separação de Poderes – Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo, in **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 66, 2011, p. 65-66.

prevalência da especialização técnica na atuação do Estado, racionalizando suas atividades³¹⁷. De acordo com o citado autor:

Do ponto de vista histórico, seu objetivo inicial é claro e já foi anunciado: evitar o arbítrio potencial que decorre da concentração de poderes na figura de um só titular. O reconhecimento de que a reunião das capacidades de ditar normas abstratas, aplicá-las e julgar os casos concretos em uma só pessoa ou órgão conduz ao abuso de poder é um axioma na filosofia política, conforme bem percebeu Montesquieu, divulgador mais célebre da ideia. Logo, o princípio da separação de poderes procura viabilizar, em primeiro plano, a realização do projeto democrático de autogoverno de um povo, protegendo-o contra a *tiranía minoritária* (do rei, do clero, dos magistrados, etc.). Esta foi a primeira versão da doutrina da separação de poderes, conforme esclarece Nuno Piçarra em sua monografia sobre o tema.

Em segundo lugar, as funções são separadas para que haja efetivo resguardo dos direitos fundamentais. O papel aqui é exatamente igual ao da primeira hipótese, com o detalhe de que a proteção dirige-se a outro tipo de perigo político. De nada vale a contenção do arbítrio de um órgão ou indivíduo se o aparato estatal estiver a serviço de uma *tiranía majoritária*. No exercício deste mister enfatiza-se o papel do Poder Judiciário, que assume a função de julgar com independência os litígios que envolvem a sociedade e o Estado (e também no interior da própria sociedade), resguardando os direitos fundamentais das investidas ilícitas dos demais poderes (e atores privados).(...)

Em terceiro lugar, o princípio da separação de poderes preconiza a especialização funcional das atividades estatais, de modo a prevalecer a competência técnica. Logo, separar as funções do Estado também tem por escopo atender a um imperativo de racionalização das atividades públicas, função especialmente importante se considerada a ampliação demasiada de tarefas do Estado nos últimos séculos e a escassez de recursos para concretizá-las, assuntos que são corriqueiramente abordados pela doutrina. Assim, ao lado da função de contenção, a separação de poderes requer que as tarefas públicas sejam designadas aos órgãos com capacidade de exercê-las da maneira mais adequada e eficiente, de modo que suas decisões sejam as melhores possíveis.³¹⁸

Os dois primeiros aspectos versam, essencialmente, acerca dos denominados “*freios e contrapesos*”, na medida em que a atuação da noção de separação dos poderes visa permitir, a um só tempo, a independência e a harmonia na atuação dos diversos poderes estatais. Em outros termos: nenhuma faceta do poder estatal poderá prevalecer, sempre, sobre outra, devendo existir, entre as funções estatais, uma forma de “*equilíbrio dinâmico*”, onde cada função controla – e é controlada – pelas demais. Destarte, aponta Morgado:

(...) Embora seja possível fazer uma transposição entre funções e órgãos, de modo que cada órgão incorpore uma função específica, não há verdadeiramente uma separação orgânica-funcional rígida e estanque, cabendo intercessões entre eles. Tais canais de comunicação se manifestam por mecanismos de coordenação e interdependência - o que reforçará a fiscalização e os controles recíprocos com o fim de alcançar o equilíbrio entre os Poderes. Deste modo, constata-se que todos os Poderes são subordinados à Constituição, não havendo um Poder superior sobre os outros, os quais estão no mesmo

³¹⁷ FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial, in **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 64, 2009, p. 55-58.

³¹⁸ FONTE, Felipe de Melo, *op. cit.* p. 56-58.

patamar. E, neste sentido os controles recíprocos, através do sistema dos *checks and balances*, ocorrem para garantir o equilíbrio entre eles. Observa-se, neste sentido, que o objeto dos freios e contrapesos é o controle, que pode ratificar e retificar os atos de um Poder pelo outro.³¹⁹

Já o terceiro aspecto, voltado à especialização funcional, implica em concluir que as diversas atividades estatais devem ser realizadas pela função melhor equipada para o seu desempenho, o que, no entender de Melo Fonte, permitiria que “(...) *as decisões públicas sejam eficientes e racionais na maior medida possível (...)*”.³²⁰ Vale dizer: cada função estatal deve ter carreada, para si, as atividades que podem ser mais bem desempenhadas por aquela função. Isso, por óbvio, não significa dizer, como já apontado por Morgado, que a separação de funções seja “*estanque*”, com as funções isoladas umas das outras. O que se procura apontar é que as atividades ditas “*típicas*” devem ser exercidas pelo aspecto funcional mais bem preparado para seu desempenho. É justamente a partir deste entendimento que se dirigem críticas à uma eventual atuação “*ativista*” do Poder Judiciário, apontando-se que faltaria, para este último, o preparo para o desempenho das funções de criação e concretização dos fins e valores constitucionais, tarefa esta que, primariamente, caberia aos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de tema afeto à noção de “*auto-contenção judicial*” e que será mais adiante abordada com maior pormenor.

Por ora, impende apontar que a crítica referente à possibilidade de uma invasão da esfera de competências atribuída às demais funções estatais a partir de uma postura ativista por parte das Cortes de Contas (e também a postura ativista dita “*original*”, proveniente do Poder Judiciário) pode ser superada a partir da constatação de que a noção de separação dos poderes, embora disponha, enquanto categoria conceitual, de um determinado “*núcleo de certeza*”, termina sendo interpretada de diversas formas e com variadas nuances, quando de sua aplicação à situações concretas de desenho institucional. Na verdade, a noção de separação dos poderes deve ser entendida como uma categoria conceitual que é sempre apropriada com nuances e especificidades, no momento de sua aplicação, não sendo possível entender tal ideia de forma abstrata, dissociada das realidades institucionais de um Estado qualquer. É justamente o que aponta Américo Bedê Freire Junior, citando Asensio:

É de destacar, ainda, que não podemos pretender importar um modelo estrangeiro de separação de poderes sem a correta verificação de sua compatibilidade com as peculiaridades pátrias. A separação de funções é cambiante, por exemplo, no sistema

³¹⁹ MORGADO, Cíntia, *op. cit.*, p. 68.

³²⁰ FONTE, Felipe de Melo, *op. cit.* p. 58.

francês. Asensio sintetizou que *'en qué se concretaba esa aplicación francesa del principio de separación de poderes? Básicamente em tres puntos: (a) la soberanía parlamentaria y, en consecuencia, la supremacía de la ley (la Constitución, a pesar de que pueda ser rígida, no es más que un documento de organización política del Estado); (b) el mantenimiento de un Poder Ejecutivo fuerte, sólo con el contrapeso en su primera etapa por el legislativo y exento de control jurisdiccional; (c) en la articulación de un Poder Judicial sometido plenamente al imperio de la ley, ajeno al valor normativo de la Constitución y que no podía intervenir en ninguno de los ámbitos reservados a los otros poderes'*.³²¹

Este também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tal como estabelecido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 183/MT, sendo o relator, na espécie, o Ministro Sepúlveda Pertence. O julgado restou assim ementado:

I. Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República. II. Magistrado: aposentadoria compulsória: exclusividade das hipóteses previstas no art. 93, VI, da Constituição: impossibilidade de criação de outra por Constituição Estadual. 1. O art. 93, VI, da Constituição, enumera taxativamente as hipóteses de aposentadoria facultativa e compulsória dos magistrados e veicula normas de absorção necessária pelos Estados-membros, que não as podem nem restringir nem ampliar. 2. Além de ser esse, na atualidade, o regime das normas constitucionais federais sobre os servidores públicos, com mais razão, não há como admitir possam os Estados subtrair garantias inseridas nas regras constitucionais centrais do estatuto da magistratura, entre as quais a da vitaliciedade, à efetividade da qual serve o caráter exaustivo dos casos previstos de aposentadoria compulsória do juiz. 3. Inconstitucionalidade da norma da Constituição Estadual que impõe a transferência obrigatória para a inatividade do Desembargador que, com trinta anos de serviço público, complete dez anos no Tribunal de Justiça. 4. Extensão da declaração de inconstitucionalidade a normas similares relativas aos Procuradores de Justiça e aos Conselheiros do Tribunal de Contas. III. Poder Judiciário: controle externo por colegiado de formação heterogênea e participação de agentes ou representantes dos outros Poderes: inconstitucionalidade de sua instituição na Constituição de Estado-membro. 1. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o auto governo do Judiciário - além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária - reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-Pb, Gallotti, 21.11.96): viola-o, pois, a instituição de órgão do chamado "controle externo", com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado. **2. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência**

³²¹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê, *op. cit.*, p. 36.

do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais. (ADI 183, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/1997, DJ 31-10-1997 PP-55540 EMENT VOL-01889-01 PP-00047)³²²

Qualquer tipo de discussão acerca de invasão de competências atribuídas a um ou outro Poder do Estado não pode deixar de considerar o modelo pátrio de separação de poderes, ou, melhor dizendo, como o modelo pátrio internalizou a doutrina da separação dos Poderes e como tornou concreto – em sua Constituição – o princípio (necessariamente abstrato) da separação dos Poderes. Sendo assim, qualquer abordagem atinente a uma eventual invasão de competências decorrente de uma postura “ativista” das Cortes de Contas deve, necessariamente, levar em consideração as competências atribuídas pela Constituição da República, aos órgãos de controle externo.

A eventual crítica à postura ativista das Cortes de Contas – o denominado “ativismo de Contas” – poderia, portanto, ser superada ao admitir-se que, se aos Tribunais de Contas foi atribuída a possibilidade de atuar diretamente a partir das normas constitucionais, sem a obrigatoriedade de aguardar a mediação legislativa oriunda dos Poderes Executivo e/ou Legislativo, não se poderia imputar à esta postura a pecha de “invasiva” de competências alheias, na medida em que esta atuação encontraria previsão na própria Carta Constitucional.

Um segundo argumento que poderia ser levantado em face da eventual crítica ao “ativismo de Contas” a partir da noção de separação dos poderes é o de que, na essência, a noção de separação de poderes consubstancia um princípio que poderia ser identificado como “instrumental”, e que tem por objetivo principal auxiliar na garantia e na concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, estes sim “centrais” para o ordenamento. Tal entendimento configuraria uma “releitura” da separação de Poderes, tornando tal noção atual e dissociando a mesma de suas raízes marcadamente liberais. Américo Bedê Freire Junior sustenta que:

(...) sabe-se que o Estado Democrático de Direito possui características substancialmente distintas da concepção liberal de proteção da burguesia em face da concentração de poder estatal. Indiscutível, então, a conclusão de que não é possível enxergar atualmente o princípio com a visão do século XVIII. Paulo Suordem sustenta como núcleo do princípio: ‘na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável’.

³²² Cf. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>, acesso em 14.09.2014.

Verificamos, nesta definição, que a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista.

A principal característica do movimento constitucionalista foi, sem dúvida alguma, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico.

Neste diapasão, deve ser frisado que não apenas os direitos da primeira geração devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todas as gerações dos direitos fundamentais, já que uma das características dos direitos fundamentais é a sua indivisibilidade. Todas as dimensões dos direitos fundamentais, portanto, podem (devem) ser protegidas pelo princípio em comento.

Constatamos, assim, ser um arrematado absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes.

Se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão pontificava, em seu art. 16, que ‘toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação dos poderes não tem uma Constituição’, devemos reconhecer a profunda ligação entre os direitos fundamentais e a separação dos poderes, sendo essa última expressão meio para atingirmos o desiderato maior de proteção dos direitos fundamentais.³²³

Este “*rompimento*” do princípio da separação dos poderes em relação às suas “*raízes*” marcadamente liberais também foi detectado por Cíntia Morgado, apontando esta o seguinte:

Na configuração do Estado Contemporâneo, não vigoram mais os mesmos pontos de referência que desenharam o Estado Liberal, trazendo consequências para o princípio da separação dos Poderes. A incorporação de novas funções estatais, tais como a previsão de direitos sociais ligados à saúde, educação, previdência, decorreu da admissão de que a garantia de liberdades individuais em um capitalismo nada civilizado não era suficiente para que os homens fizessem suas escolhas.

Caem por terra a separação Estado-sociedade e o Estado de legislação parlamentar, além de ser modificada a noção dos direitos fundamentais. Enfraquece a proposta divisão entre Estado e sociedade, com a chegada de novos direitos e prestações por parte do Estado, complemento dos direitos fundamentais da liberdade, quando se reconhece que é necessária a intervenção estatal na vida social.

Ademais, muda a natureza dos direitos fundamentais, que exigem com mais acento prestações positivas do Estado, diferentemente dos direitos individuais do Estado liberal, de natureza essencialmente negativa, servindo o princípio da separação dos Poderes para cumprir o papel de evitar o agigantamento do poder. Ora, o princípio da separação enquanto limitador do poder político garante o gozo efetivo dos direitos da liberdade, pois busca a abstenção do Estado. Mas como se comporta o princípio da separação dos Poderes, quando o Estado deve garantir outros direitos através de atuações positivas?

Neste sentido, o princípio da separação dos Poderes não é mero instrumento a serviço do primado da lei e do monismo do parlamento-legislador, mas um aparelho a serviço do controle e da limitação dos Poderes constituídos. O Poder Judicial, guardião dos direitos fundamentais, é visto aqui como uma espécie de contra-peso do Poder Legislativo e do Poder Executivo, e não como poder nulo, corolário daquele monismo. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial não são autores de seu próprio poder, mas, sim, a Constituição, ato do superior Poder Constituinte. Por isso,

³²³ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê, *op. cit.*, p. 37-39.

qualquer dos Poderes constituídos está vinculado aos direitos fundamentais que a Constituição consagra.³²⁴

Portanto, a necessária releitura do princípio da separação dos poderes, mais do que afastar, termina por impor uma efetiva atuação em prol da garantia e da concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República. Isso significa dizer que a separação dos poderes, tal como deve ser atualmente percebida, implica uma postura “*ativista*” dos poderes públicos, e, por certo, também das Cortes de Contas, às quais compete – da mesma forma que aos demais Poderes constituídos – a concretização dos direitos e garantias fundamentais constantes da Carta Constitucional.

A atividade de controle, ao invés de “*invadir*” a esfera de competências dos demais poderes quando atua de modo “*ativista*”, se legitima quando age na tutela dos direitos fundamentais, já que estes, consoante antes apontado, servem justamente como parâmetro para o controle dos atos dos demais poderes. Somente ao tornar efetivos os direitos fundamentais os órgãos de controle atuam conforme a separação dos Poderes, o que é o mesmo que dizer que o “*ativismo de Contas*”, antes de ser uma postura, configura-se em uma “*necessidade*”. Se, ao contrário, as Cortes de Contas, por força de uma leitura enviesada do princípio da separação dos Poderes, deixarem de atuar na defesa das garantias fundamentais, terão as mesmas “*tomado a árvore pela floresta*”, subordinando o essencial – os direitos e garantias fundamentais – ao instrumental – a separação dos Poderes.

Dito isto, compete agora analisar uma postura que é apontada justamente como a antítese da atuação “*ativista*”: a “*auto-contenção*”. Tal como no caso do ativismo, a ideia de auto-contenção surge como postura a ser levada à efeito especificamente pelo Poder Judiciário, mas que, tal como o ativismo, pode ser transposta, sem maiores dificuldades, aos órgãos de controle externo da Administração Pública.

4.3. Devem os Tribunais de Contas se “auto-conter”?

A auto-contenção mencionada anteriormente pode ser definida como uma postura diametralmente oposta ao ativismo, ou seja, trata-se de uma “*(...) conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes*”³²⁵.

³²⁴ MORGADO, Cíntia, *op. cit.*, p. 68-69.

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição (...)*, *op. cit.*, p. 11.

Tal postura, consoante Barroso, implica em uma atuação onde os órgãos Judiciários:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expresso, preferindo aguardar eventual *interpositio legislatoris*; (ii) passam a utilizar critérios de maior rigidez e conservadorismo para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e (iii) abstém-se de interferir na definição de políticas públicas³²⁶. Destarte, esta postura vai se caracterizar “(...) *justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos*”³²⁷.

Assim sendo, a auto-contenção do julgador, quando aplicada aos Tribunais de Contas, implicará em uma postura conservadora por parte destes, tanto no que tange a aplicação direta, pelos órgãos de controle externo, da Constituição da República, como também no que toca à **definição** de políticas públicas. Vale dizer: adotando uma postura mais conservadora, os Tribunais de Contas deixarão para os Poderes políticos o estabelecimento das linhas gerais de atuação do Estado. É o que propugna, por exemplo, Lirío do Valle, apontando que:

No campo em que a opção constitucional recaiu sobre a priorização de um determinado tema na agenda de agir do poder – mas sem enunciação de qual ação concreta pudesse traduzir a política pública a se implementar – o espaço de atuação que será de se reconhecer ao controle (seja ele interno, externo ou jurisdicional) é o da exigência de cumprimento desse que é o dever primário, qual seja, o de formulação, através dos mecanismos institucionais próprios e democráticos, da política pública aplicável à hipótese. Inobservada eventual norma de princípio instituidor, também sobre essa omissão pode recair o controle; mas em toda e qualquer hipótese, é de se entender que o desejo da constituição é que a escolha pública se dê através dos mecanismos deliberativos – e nesse sentido, uma atuação substitutiva, ainda que de um Judiciário muito bem intencionado, não restaura a normalidade constitucional (...) ³²⁸

Além disto, poder-se-ia afirmar que uma postura mais conservadora por parte dos Tribunais de Contas implicaria, a nosso sentir, em um “*afrouxamento*” do controle, uma vez que a atividade de controle – a qual, como já visto, exige sempre um parâmetro, que servirá como “*contraste*” ao ato controlado – perderia a utilização da Constituição como parâmetro de controle, pelo menos naqueles casos em que a Constituição não discipline expressamente a prática do ato controlado.

Tal postura de auto-contenção, quando voltada à auto-contenção judiciária, se sustenta a partir de alguns argumentos específicos. Em primeiro lugar, afirma-se que o Poder Judiciário deve se auto-conter face à constatação de que o mesmo não dispõe de

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 11.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição (...)**, *op. cit.*, p. 11.

³²⁸ VALLE, Vanice Regina Lirío do, *op. cit.* p. 66-67.

legitimidade democrática para ir de encontro às decisões tomadas (ou, ao menos, legitimadas) pela maioria. Como já vimos anteriormente, o mesmo argumento - decorrente da dificuldade contramajoritária - pode ser assacado em face dos órgãos de controle externo. Contudo, tal argumento já foi abordado (e, espera-se, superado) em item anterior.

Um segundo aspecto levantado diz respeito à necessidade de auto-contenção judiciária (e dos órgãos de controle) diante de uma alegada “*limitação do debate*”, assim descrita por Barroso, quando este aborda o tema “*judicialização da política*”:

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais - e não na imprensa oficial - e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes³²⁹

O argumento apontado por Barroso se mostra, a toda evidência, correto, na medida em que o debate judiciário - e, por extensão, o debate no âmbito dos órgãos de controle - pode se tornar “*elitizado*” principalmente por força de sua linguagem e técnica próprias, sendo certo também que as medidas apontadas apenas mitigam esta questão. Não obstante, impende apontar que, no caso específico dos Tribunais de Contas este problema se mostra de menor gravidade, em função de, pelo menos, duas características específicas das atividades de controle externo: (i) a legitimação específica atuante como sustentáculo da ação de controle, posto que, tal como apontado no item 3.3, a “*aceitabilidade*” da decisão tomada pelo órgão de controle dependerá, essencialmente, do procedimento adotado pela Corte de Contas, o qual servirá para desfazer o dissenso acerca do conteúdo e (ii) as inúmeras possibilidades de deflagração da atuação dos órgãos de controle externo a partir dos entes da sociedade, naquilo que se identificou, no item 1.1, como controle social, sendo possível afirmar que as possibilidades de deflagração do controle externo pela via “*social*” são mais amplas que as possibilidades de deflagração do controle judiciário pela mesma via, em virtude das

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição (...)*, op. cit., p. 11.

regras específicas³³⁰ do processo judicial³³¹, ainda – e necessariamente – vocacionadas para os processos individuais³³².

Um terceiro argumento levantado em favor da auto-contenção judicial – e, por extensão, da auto-contenção das Cortes de Contas – diz respeito às capacidades institucionais destes entes estatais. Trata-se de argumento aventado a partir da obra de Cass R. Sustein e Adrian Vermeule, acerca da insuficiência das teorias clássicas acerca da interpretação jurídica, apontando estes o seguinte:

Nós pensamos que as teorias correntes sobre interpretação jurídica falham em fornecer uma estrutura adequada para pensar sobre certos tipos de questões, e que esta falha revela um sério problema nas visões contemporâneas sobre o papel da interpretação no âmbito legal. Temas tipicamente interpretativos são debatidos em um alto nível de abstração, ou pela realização de grandes assertivas sobre democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo. Mas na maior parte do tempo, estas assertivas em grande escala não conseguem afastar nenhuma visão razoável sobre a interpretação. Por exemplo, é impossível deduzir, a partir destas assertivas, uma resposta para a questão para um conflito envolvendo o significado da expressão “causar câncer”, ou, de fato, uma resposta a qualquer das questões atuais acerca de como interpretar um texto legal ou constitucional. (...)

Por contraste, apontamos que é muito mais promissor focar em duas questões negligenciadas. A primeira tem a ver com capacidades institucionais. Como veremos, debates acerca da interpretação jurídica não podem ser sensatamente resolvidos sem atentar para estas capacidades. A questão central não é “como, em princípio, deve ser um texto interpretado?” Ao invés disto, a questão é “como devem certas instituições, com suas habilidades e limitações específicas, interpretar certos textos?” Se os juízes relevantes podem, de forma confiável, decidir se a interpretação literal de uma expressão legal é absurda, o argumento para rejeitar a literalidade é fortalecido; se os juízes relevantes são altamente falíveis, a literalidade pode ter algumas virtudes ignoradas. Grande parte da questão se fixa também na atenção da legislatura relevante. A segunda questão diz respeito aos efeitos dinâmicos de qualquer uma postura particular – suas consequências para atores públicos e privados de vários tipos. Se uma interpretação não literal da expressão “causar câncer” vá introduzir uma grande quantidade de incerteza no sistema, e reduzir o incentivo do Congresso de proceder a correção do texto, pode muito bem ser sensato negar exceções em casos envolvendo riscos triviais. Ao chamar a atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos

³³⁰ Embora se reconheça, destarte, que a Lei Federal nº 4.717/65 – Lei da Ação Popular – traga requisito pouco rígido – prova da cidadania, *ex vi* do art. 1º, *caput* e § 3º - para a deflagração do controle judicial.

³³¹ Faz-se aqui referência expressa a questão da legitimidade processual e do interesse de agir, normalmente exigidos pelo art. 267, VI do Código de Processo Civil como condições da ação judicial. Embora os procedimentos das Cortes de Contas normalmente invoquem o Código de Processo Civil como norma processual supletiva, é cediço que estas condições, nas Cortes de Contas, recebem uma interpretação menos rígida, em linha com as finalidades específicas dos órgãos de controle externo. Além disto, em alguns procedimentos de controle – como no caso das licitações públicas – a própria lei dispensa qualquer aferição quanto a estas condições. Veja-se, por exemplo, o art. 113, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93, que outorga ampla legitimidade para representar ao Tribunal de Contas em sede de certame licitatório.

³³² Já que ao Poder Judiciário compete, por definição, a atribuição de solucionar, em definitivo, conflitos intersubjetivos, os quais, classicamente, se dão na seara individual.

dinâmicos, estamos sugerindo a necessidade de uma virada institucional no estudo das questões acerca da interpretação jurídica.³³³

Destarte, afirmam os citados autores que as posturas adotadas pelas teorias clássicas acerca da interpretação das normas pelos aplicadores do Direito partem de um ponto de partida equivocado, na medida em que as especificidades (seus recursos humanos, materiais, intelectuais, dentre outros, bem como as limitações incidentes sobre tais recursos) de cada instituição influirão na capacidade que estas têm de interpretar um texto legal de uma ou de outra determinada forma. Além disto, Sustain e Vermeule apontam que as instituições devem também considerar os efeitos práticos, e as consequentes repercussões, que suas decisões irão causar no sistema. Ou, na dicção de Arguelhes e Leal:

Nossa leitura do argumento das capacidades institucionais identifica nele três premissas e uma estratégia básica de raciocínio. As premissas são: (i) considerar que algum grau de especialização funcional em prol de fins constitucionais comuns é um pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) considerar que toda tentativa, por qualquer instituição, de atingir esses fins comuns é potencialmente falível, estando sujeita a graus variados (mas nunca iguais a zero) de erros e incertezas; (iii) a análise de diferentes alternativas de decisão deve se dar de acordo com suas possíveis consequências para a promoção de um mesmo valor ou objetivo. Diante dessas premissas, a estratégia básica de raciocínio de quem leva as “capacidades institucionais” a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada

³³³ SUSTEIN, Cass. R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretations and Institutions*, in **John M. Olin Law & Economics Working Papers n° 156**, disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, acesso em 14.09.2014. No original: “We think that current theories of legal interpretation fail to provide an adequate framework for thinking about questions of this sort, and that the failure reveals a serious problem with contemporary views about interpretation in law. Typically interpretive issues are debated at a high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism. But most of the time, large-scale claims of these kinds cannot rule out any reasonable view about interpretation. For example, it is impossible to deduce, from such large-scale claims, an answer to a dispute about the meaning of the phrase “cause cancer,” or indeed an answer to any of the current questions about how to approach a statutory or constitutional text. Part of our goal here is to demonstrate the futility of efforts to show that abstract ideals can resolve disagreements about appropriate interpretive methods. By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with institutional capacities. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?” If the relevant judges can reliably decide whether a literal interpretation of a statutory term is absurd, the argument for rejecting literalism is greatly strengthened; if the relevant judges are highly fallible, literalism may have some overlooked virtues. A great deal turns as well on the attentiveness of the relevant legislature. The second issue involves the dynamic effects of any particular approach—its consequences for private and public actors of various sorts. If a nonliteral interpretation of the phrase “induce cancer” would introduce a great deal of uncertainty into the system, and reduce Congress’ incentive to make corrections, it might well be sensible to deny exceptions in cases involving trivial risks. By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues.”

estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar a “segunda melhor” solução.³³⁴

Trata-se, pura e simplesmente, de reconhecer, sob um novo rótulo, dois truísmos: (i) que, na medida em que as instituições são feitas de pessoas de “*carne e osso*”, as interpretações e decisões tomadas pelas instituições (*rectius*: pelas pessoas que compõem o quadro institucional) estão sujeita à falibilidade humana e (ii) qualquer teoria, por melhor e mais perfeita que seja, encontra, na realidade, limitações práticas intransponíveis à sua completa aplicação, seja em razão da falibilidade humana; em virtude de problemas na teoria cuja aplicação se propõe, seja ainda pela existência de incerteza quanto aos pressupostos fáticos para aplicação de uma dada teoria.

Assim sendo, a auto-contenção judicial – e das Cortes de Contas – encontraria neste argumento um alicerce, pois se afirmaria que tais órgãos deveriam ser deferentes às posições adotadas por outras instituições (sendo contidos em sua atuação, portanto) na medida em que o Judiciário – e os órgãos de controle externo – não dispõem dos recursos (humanos, materiais, intelectuais, etc.) necessários para atingir a melhor decisão possível e, da mesma maneira, lhes faltaria o ferramental necessário para avaliar as repercussões de suas decisões para os demais atores públicos e privados.

Embora não seja o caso de, aqui, aprofundar a questão referente às capacidades institucionais, já que isto levaria, obrigatoriamente, à necessidade de analisar teorias consequencialistas de interpretação, é importante apontar que a limitação da atuação judicial – e, por extensão, dos órgãos de controle externo – através da invocação do argumento das capacidades institucionais *in abstracto*, sem considerar os recursos e limitações **reais** incidentes sobre cada instituição envolvida no processo decisório significa uma aplicação incorreta – ou, ao menos, incompleta – da tese propugnada por Sustain e Vermeule. É justamente o que afirmam Arguelhes e Leal:

Antes de tudo, é preciso determinar o quadro normativo e fático no âmbito do qual as instituições desempenham os seus papéis e inclui-lo na análise consequencialista que determinará qual postura institucional ou método de decisão é o mais apropriado para promover dinamicamente valores sociais relevantes. De fato, este talvez seja o principal ônus associado ao uso dessa estrutura argumentativa: apontar quais são as habilidades e limitações institucionais concretas relevantes (e necessariamente contextuais) e explicar de que forma essas “capacidades” podem, na aplicação de uma dada teoria ou postura institucional desenvolvida sobre pressupostos contrafactuais, levar a consequências ruins que justifiquem a adoção de uma teoria ou postura institucional que não seria a melhor em termos ideais.³³⁵

³³⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo, *in Direito, Estado e Sociedade*, n° 38. Rio de Janeiro: PUC-RJ, janeiro/junho 2011, p. 11.

³³⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL Fernando, *op. cit.*, p. 33.

Além disto – e já tratando, desta feita, especificamente da possibilidade de um “*ativismo de Contas*” em relação à “*auto-contenção*” de Contas – impõe-se reconhecer, ainda que sem o apoio de elementos empíricos mais aprofundados³³⁶, que os Tribunais de Contas, na qualidade de órgãos responsáveis pela realização do controle externo da atuação da Administração Pública, e, conseqüentemente, pelo controle externo de políticas públicas, dispõem de uma *expertise* específica quanto à matéria, o que, a nosso sentir, justificaria o afastamento de uma postura “*conservadora*” (de auto-contenção) em prol de uma postura mais “*ativista*” por parte das Cortes de Contas.

É o que anota, por exemplo, Vanice Regina Lírio de Valle ao apontar para a necessidade de atuação de outros órgãos na composição da agenda de atuação da Administração. Segundo a autora, “*a abertura de uma instância neutra no que toca aos vetores determinantes da ação política e suas respectivas prioridades pode permitir o ingresso em pauta, de temas não enfrentados por políticas públicas correspondentes, pelas dificuldades de veiculação de parte dos interessados, da própria problemática (...)*”³³⁷, arrematando, em seguida, que:

Essa função assecuratória de um espaço público de debate e conhecimento do problema, que subsidie o processo de formação e aperfeiçoamento de políticas públicas, em verdade, pode igualmente ser desenvolvida, e com grande proveito à cidadania, também pelas Cortes de Contas. Afinal, congregam os Tribunais de Contas não só a *expertise* técnica, mas também, e especialmente, histórico de informações em relação ao já havido, naquele campo temático, naquela entidade administrativa. Esse é um acervo de conhecimento que não se pode desconsiderar quando se cogita de aferição da existência/adequação do agir da administração.³³⁸

Nesta vertente, portanto, propugna a autora a superação do papel atual das Cortes de Contas – limitado à avaliação das políticas públicas já existentes, como demonstrado no item 2.4 do presente estudo – para que as Cortes de Contas tornem-se também ponto fulcral da definição da agenda de atuação da Administração. Como esta agenda – também como apontado no item 2.2 – tem relação estrutural com os direitos/deveres fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional, resta, a nosso sentir, comprovado, de modo inequívoco, a legitimidade das Cortes de Contas para utilizar a Carta Constitucional como parâmetro de controle da atuação do Poder Público

³³⁶ Como a aplicação efetivamente correta do argumento das capacidades institucionais dependeria, na esteira do apontado por Arguelhes e Leal, de um estudo comparativo empírico entre os diversos órgãos responsáveis pelas atividades de controle da Administração Pública, impõe-se anotar que o presente estudo, neste particular, visa, sobretudo, apontar caminhos viáveis para a continuação de pesquisas/estudos nesta seara, a partir do reconhecimento da existência de posições doutrinárias consentâneas com a tese ora propugnada.

³³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do, *op. cit.*, p. 152.

³³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do, *op. cit.*, p. 152.

e, mais do que isso, para uma atuação menos conservadora e, tal como explicitado ao longo deste estudo, mais “*ativista*”.

Uma segunda vertente de atuação “*ativista*” por parte das Cortes de Contas diz respeito à possibilidade destes órgãos de controle externo atuarem como instância substitutiva do Judiciário no que tange à chamada “*judicialização da política*”, vale dizer, assumindo a condução (e a resolução) de litígios de cunho “*político*”, decidindo estes de modo “*técnico*”, até mesmo em virtude de sua posição dita “*intermediária*” entre os Poderes Executivo e Legislativo. De acordo com Eduardo Monteiro Lopes Junior:

(...) Com o aumento dos custos políticos de transação entre Executivo e Legislativo será necessária uma nova transferência da solução dos litígios entre interesses e grupos sociais heterogêneos, agora para a seara judicial. As vias judiciais ou quase judiciais surgem como esfera de arbitragem desses conflitos distributivos que se avizinham ao pacto federativo. O TCU, com sua competência híbrida (administrativa, fiscalizadora e judicial), possui o instrumental técnico necessário à otimização do controle externo concomitante e *a posteriori* do uso dos recursos públicos.

Em verdade, a judicialização da política pelo TCU representa uma reforma institucional de alto impacto econômico e financeiro, mas de baixíssimo impacto ou custo político, pois a racionalidade “*técnica*” dos procedimentos de cunho judicial afasta os arbítrios das disputas partidárias. A especialização judiciária do TCU para o julgamento de causas relacionadas à gestão financeira do Estado constitui mecanismo de sistematização das normas e fins coletivos que compõem uma estrutura de constrangimentos e alternativas racionais às atuações individuais e coletivas.³³⁹

Aduz o autor, portanto, que os Tribunais de Contas poderiam servir como via alternativa às questões ditas “*políticas*” normalmente levadas às barras das Cortes Judiciárias, tendo em vista que sua *expertise* específica para as questões de cunho financeiro-orçamentário aumentaria a racionalidade econômica das decisões, diminuindo, ao mesmo tempo, os custos políticos das mesmas³⁴⁰. Em vista disto, Lopes Jr., em arremate, conclui que:

A ampliação da autonomia e a competência judicante do TCU, além disso, vêm estendendo a cidadania democrática, pois, em virtude dos princípios do pleno acesso à Justiça, do contraditório, da imparcialidade judiciária, que informam o contencioso administrativo no órgão, o tribunal gradualmente se transforma em ‘esfera pública política’ para a formulação de consensos (acumulação jurisprudencial), o que influencia a gestão das políticas governamentais.³⁴¹

Tal como explicitado por Lírio do Valle, Lopes Jr. também enfatiza a possibilidade de atuação das Cortes de Contas como “*espaço público de debate*” para a

³³⁹ LOPES JR., Eduardo Monteiro. **A Judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 117.

³⁴⁰ Trata-se, em outras palavras, de decidir, com base em critérios de ordem técnica, como os recursos podem ser alocados de forma mais eficiente (racionalidade econômica) e, ao mesmo tempo, absorver o desgaste decorrente da decisão tomada (custo político).

³⁴¹ LOPES JR., Eduardo Monteiro, *op. cit.*, p. 117.

formulação e implementação de políticas públicas, através da consolidação dos posicionamentos tomados pelos Tribunais de Contas em seus julgamentos. Vale dizer: tal como a jurisprudência “*judicial*” influencia os operadores do Direito nas suas atividades diárias, a jurisprudência “*de Contas*” deve ser levada em consideração pelos gestores/formuladores de políticas públicas em sua atuação.

Por fim, em uma terceira vertente, com uma proposta de modificação mais radical, alguns defendem a alteração da própria lógica do controle, na medida em que o enfoque das auditorias operacionais levadas à efeito pelas Cortes de Contas é distorcido pela estrutura hierárquica destes órgãos, criada, na origem, para realizar a tarefa de julgar as prestações de contas. Em outros termos: defende-se que as Cortes de Contas deveriam deixar de lado, por completo, a tarefa de julgamento, para se concentrar exclusivamente nas tarefas de avaliação e auditoria ou, na impossibilidade de liberar-se desta tarefa “*quase-judicial*”, permitir, ao menos, que os processos de auditoria obedecessem à tramitação diferenciada, ante a constatação de que sua principal finalidade – produzir informação que a Administração controlada não sabe, não pode, ou não tem tempo de produzir – é completamente diversa das finalidades normalmente colimadas aos processos de instrução e julgamento de contas.

Consoante Speck:

(...) Auditorias operacionais deveriam ser excluídas do procedimento judicial. Como a organização tem impacto sobre o enfoque das auditorias, a organização como espelho da burocracia trará estruturalmente pouco incremento de informação. Ao contrário, uma lógica de controle diagonal poderá acarretar mais dados relevantes sobre aspectos estruturais que atingem várias organizações burocráticas, como problemas ligados à desestatização, à contratação de serviços e bens, à elaboração de contratos de gestão e outros mais. De forma provocativa, poderíamos postular que a tarefa de julgamento de contas impõe uma organização-espelho da estrutura administrativa. A tarefa de realizar auditorias, com a finalidade de produzir aquilo que a administração não tem tempo ou não sabe fazer, proíbe esse modelo organizacional, e impõe uma estrutura diagonal.(...)³⁴²

Embora não nos pareça ser o caso de dispensar por completo as competências de instrução e julgamento de contas, já que se trata de competência constitucional diretamente ligada à concretização da ideia republicana no Estado Democrático de Direito brasileiro³⁴³, é imprescindível apontar que a postura propugnada por Speck levaria à uma superação – ou, ao menos, à uma mitigação – dos problemas de ordem “*simbólica*” normalmente apontados em relação aos trabalhos avaliativos realizados

³⁴² SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação** (...) *op. cit.*, p. 212.

³⁴³ Prestar contas é, como vimos, reflexo direto do fato de vivermos em um Estado Republicano, isto é, num Estado onde o administrador público administra bens de terceiros – do povo – em nome destes.

pelas Cortes de Contas, conforme já exposto no item 2.4 deste estudo. Destarte, a modificação do enfoque das auditorias, de uma postura hierárquica voltada para o julgamento final para uma postura denominada por Speck de “*diagonal*”, voltada para a produção de informação relevante, poderia, a nosso sentir, emprestar maior legitimidade às próprias atividades dos Tribunais de Contas, e, mais do que isso, permitir uma maior interação das Cortes de Contas com os demais atores institucionais (entre estes os cidadãos, catalisadores do controle social), “*consumidores*” das informações produzidas pelos órgãos de controle externo.

Por certo, tal modificação também levaria à uma superação de eventuais posições de “*auto-contenção*” das Cortes de Contas, já que a informação nova produzida por este novo enfoque das auditorias/avaliações poderia trazer impacto positivo para as atividades judicantes dos órgãos de controle externo, posto não se poder olvidar que tais atividades (prestações de contas x auditorias), embora separadas (em virtude de seus objetivos diversos) encontram-se ligadas de modo indissolúvel, uma vez que o exame da eficiência/qualidade de um programa público em uma auditoria não se esgota nestes vetores, traduzindo-se, também e necessariamente, no exame, pelo órgão de controle externo, das despesas e atos administrativos realizados pelo gestor. Em outros termos: uma postura “*ativista*” das Cortes de Contas quanto ao exame da qualidade/eficiência dos programas públicos naturalmente se refletiria em uma postura “*ativista*” também no momento de examinar as contas do gestor responsável.

Conclusão

Ao longo do estudo – cuja gênese se encontra nas inúmeras indagações e perplexidades acumuladas ao longo de cinco anos de atividade profissional no âmbito do sistema brasileiro de Controle Externo, potencializadas pelos temas debatidos nas disciplinas do Mestrado - tivemos por objetivo, além de apresentar o sistema brasileiro de controle externo da Administração Pública – um “*desconhecido*” aos olhos dos cidadãos – expor as vinculações existentes, mas muitas vezes não percebidas, entre os Direitos Fundamentais e a teoria a eles subjacente, a noção – oriunda dos estudos de Ciência Política – de políticas públicas e as questões referentes à administração e controle do dispêndio dos recursos públicos. A relação íntima que existe entre os direitos/deveres fundamentais estabelecidos em nossa Constituição Federal, a realização das políticas/programas públicos (encarados aqui como encadeamentos de ações administrativas voltadas à consecução de resultados concretos na realidade) e o seu custeio/financiamento (através da arrecadação de recursos e o consequente dispêndio dos mesmos pela via do orçamento público) bem demonstra que os debates acerca de políticas públicas devem, necessariamente, considerar seu caráter eminentemente interdisciplinar, no ponto onde confluem, a um só tempo, Direito, Política, Moralidade e Economia.

Assim sendo, após o exame das principais formas e sistemas de controle externo da Administração Pública, com especial atenção ao sistema brasileiro – Tribunais de Contas – mostrou-se necessário explicitar as relações existentes entre as categorias de pensamento “*Direito Fundamentais*”, “*Políticas Públicas*” e “*Direito Financeiro*”, para, com isso, ser possível densificar a noção de “*legitimidade*” estabelecida no art. 70 da CRFB como parâmetro da ação de controle externo da Administração Pública. Em uma tentativa de aproximação ao conceito, nos foi possível identificar pelo menos 3 (três) diferentes ideias-força a partir da noção de legitimidade: (i) legitimidade como parâmetro da ação de controle externo; (ii) legitimidade como elemento de sustentação da própria atividade de controle e (iii) legitimidade como atributo do órgão que realiza o controle externo.

Apreciada na vertente de parâmetro da ação de controle externo, a legitimidade abre as portas do controle externo para uma atuação garantista, onde a Corte de Contas, ao fazer incidir suas atribuições sobre as políticas públicas da Administração, verifica se

e até que ponto tais programas públicos de fato “*funcionalizam*” – tornam concretos – os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional. É importante atentar para o fato de que esta atuação específica da legitimidade importa no reconhecimento de que também compete aos Tribunais de Contas a preservação dos valores morais eleitos como relevantes para a sociedade, transformando o sistema de controle externo em representativo da noção de “*povo enquanto princípio*”, contrastando com as maiorias/minorias eleitorais cambiantes e circunstanciais. Tal postura “*reflexiva*” dos Tribunais de Contas reforça a democracia existente em uma sociedade, ainda que pela via da contraposição de posições opostas às decisões majoritárias – uma verdadeira “*contrademocracia*”.

Já na vertente de sustentáculo da ação de controle, a legitimidade atua como elemento capaz de desfazer eventuais dissensos acerca do conteúdo dos direitos/deveres fundamentais, a partir da legitimação do resultado obtido pelo procedimento utilizado para a construção da decisão. A partir das variáveis de **posição, interação e intervenção** as Cortes de Contas podem, a partir de seus procedimentos, produzir uma legitimidade decorrente da “*proximidade*”, uma verdadeira justiça procedimental. Na medida em que os envolvidos em um determinado programa público sejam compelidos a apresentar suas teses, e estas sejam aceitas – ou mesmo refutadas – a partir da apresentação de argumentos razoáveis, torna-se possível legitimar a decisão tomada, resolvendo a difícil questão de dar conteúdos concretos à valores morais (decorrentes do estabelecimento direitos fundamentais na Constituição, no mais das vezes, sob a forma de princípios) normalmente abstratos e rarefeitos.

Além disto, a legitimidade pode ainda ser percebida como elemento conceitual capaz de limitar o âmbito “*político*” de atuação das Cortes de Contas, garantindo uma atuação não “*apolítica*”, mas “*apartidária*”, a partir da garantia de sua imparcialidade. Enquadrados pela teoria jurídica na categoria de órgãos neutrais – isto é, órgãos e instituições estatais formados ao largo do método de escolha pelo voto da maioria e, por isso mesmo, alegadamente infensos à ingerências de ordem político-partidária – os Tribunais de Contas podem legitimar – tornar aceitável – sua atuação a partir das noções de “*representação de atenção e presença*” e “*representação orgânica*”, veiculadas por Rosanvallon.

A “*representação de atenção e presença*” significa que a Corte de Contas deve ser permeável a todos os argumentos existentes no âmbito social acerca daquele tema específico que se está a discutir. Vale dizer: imparcialidade não significa apenas

inexistência de vínculos ou equidistância, mas também abertura a todos os pontos de vista possíveis, com o consequente exame e aceitação/refutação dos mesmos. Tal postura, por certo, é reforçada pela leitura da legitimidade enquanto atributo procedimental: ora, para que de fato se proceda à eliminação do dissenso acerca do conteúdo moral (e também jurídico) dos direitos fundamentais, mostra-se imprescindível a abertura das Cortes de Contas a todos os argumentos razoáveis que possam ser apresentados.

A “*representação orgânica*”, por sua vez, parte da noção de “*órgão*”, tal como entendida juridicamente hoje – um feixe estatal de atribuições/competências – e extrapola as consequências políticas de tal entendimento. Neste viés, um “*órgão*”, mais do que um mero conjunto de capacidades, é um ente que manifesta a “*vontade da nação*”, acima e além – se preciso for – das maiorias/minorais conjunturais e circunstanciais existentes. Esta “*representação orgânica*” mostra-se imbricada com a primeira vertente da legitimidade – legitimidade enquanto parâmetro da ação de controle – na medida em que se pode considerar que a “*vontade da nação*” é representada pelas normas constitucionais fundadoras de direitos/deveres fundamentais (normas estas que se encontram acima das regras aprovadas pelas maiorias partidárias contingentes e que representam os valores morais eleitos pela coletividade como mais relevantes). Representação orgânica significa, em poucas palavras, legitimar-se a partir da tutela dos direitos/deveres fundamentais, mesmo diante da necessidade de contrapor-se às maiorias ocasionais.

Feitas estas considerações, tornou-se possível buscar responder à pergunta que motivou a confecção deste estudo: é necessário um “*ativismo de Contas*”? Para responder, com algum grau de acerto, à esta indagação, a investigação aqui empreendida, após estabelecer o que viria a ser o ativismo judicial e, por extensão, o “*ativismo de Contas*”, passou por três aspectos: (i) a possibilidade de atuação contramajoritária dos Tribunais de Contas; (ii) como esta postura ativista refletiria na noção de separação dos poderes e (iii) se deveriam os Tribunais de Contas, nos moldes do que propugnam alguns em relação aos Tribunais Judiciais, se auto-conter.

Estabelecido que o ativismo judicial se consubstanciaria em uma postura mais ampla do Poder Judiciário no estabelecimento e concretização dos direitos fundamentais, foi possível fixar a noção de “*ativismo de Contas*” como a realização da atividade de controle externo de maneira a interferir, com mais vigor, no âmbito da Administração Pública objeto do controle, visando, com isso, concretizar, em maior ou

menor grau, os valores e fins estabelecidos na Constituição. Nesta postura, as competências atribuídas aos Tribunais de Contas passariam a ser exercidas de forma mais ativa, em situação onde os poderes de controle e auditoria atribuídos às Cortes de Contas passariam a ser utilizados tal como as Cortes Judiciárias utilizam a jurisdição, principalmente nos casos de inércia legislativa e de insuficiência/inexistência de políticas públicas, hipóteses em que os direitos/deveres fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional estão sendo, à toda evidência, desobedecidos e/ou ignorados.

Um primeiro argumento que normalmente se contrapõe à postura ativista do Poder Judiciário e que poderia, por extensão, ser assacado diante da noção de “*ativismo de Contas*” diz respeito à denominada “*dificuldade contramajoritária*” do Poder Judiciário. Neste aspecto, impende apontar, como elemento relevante, que as Cortes de Contas enfrentam versão ainda mais “*forte*” de tal dificuldade, na medida em que à elas compete – exclusivamente, por força de suas atribuições específicas, e não acidentalmente, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição – contrapor-se, através do controle externo, aos atos da Administração Pública, sendo esta legitimada pela urna. Quanto ao tema, consideramos que aos Tribunais de Contas é dado superar a argumentação decorrente da “*dificuldade contramajoritária*” a partir da constatação de que o projeto democrático moderno não se resume à dicotomia Maioria vs. Minoria, mas, ao contrário, pressupõe “*espaços vazios*” de poder, ou, melhor dizendo, espaços em que o poder estatal é exercido sem o “*colorido*” político-partidário.

Vale dizer: a superação, pelas Cortes de Contas, da “*dificuldade contramajoritária*” decorre, essencialmente, do reconhecimento destes órgãos de controle externo, como “*órgãos*” no sentido que Rosanvallon empresta ao termo, isto é, instituições às quais compete, acima de qualquer consideração ideológica, manifestar “*vontade para a Nação*”, preservando o conteúdo constitucional de forma intertemporal, ao longo das sucessivas gerações.

Um segundo aspecto que se poderia apontar em desfavor de uma postura ativista por parte das Cortes de Contas diz respeito à possibilidade de que uma atuação mais concreta em prol dos direitos e garantias fundamentais possa terminar por violar o espaço de competências normalmente atribuído à outros órgãos, em autêntica violação ao princípio da separação dos poderes. Quanto a questão, é de se considerar que tal crítica pode ser refutada lembrando-se que não existe uma noção apriorística de separação dos poderes. O que existe – e já foi apontado pelo Supremo Tribunal Federal – é o modo como a doutrina da separação dos poderes foi apropriada pelo constituinte

brasileiro em sua obra de *design* institucional. O que se quer dizer é que não se pode acusar uma Corte de Contas ativista de violar a separação dos poderes apenas pelo fato desta Corte de Contas exercer as competências que lhe foram atribuídas pela própria Constituição. Como se isso não bastasse, impõe-se ainda destacar que a separação dos poderes – entendida como princípio – tem caráter eminentemente instrumental, sendo ferramenta utilizada para concretizar os direitos fundamentais. Não se poderia, por isso mesmo, invocar o princípio da separação dos poderes com o intuito de impedir a concretização destes mesmos direitos fundamentais, sob pena de estar-se subordinando o essencial – os direitos e garantias fundamentais – ao acidental – o princípio da separação dos poderes.

Um refinamento do argumento referente à separação dos poderes, enquanto impeditivo de uma atuação ativista por parte do Judiciário, e, por extensão, das Cortes de Contas, diz respeito à noção de “*auto-contenção judicial*”. Esta auto-contenção se definiria como uma postura de deferência por parte dos órgãos judiciários (e de Contas) às decisões dos demais Poderes, seja por força da “*dificuldade contramajoritária*”, seja por força da “*limitação do debate*”, seja ainda em virtude das “*capacidades institucionais*” destes órgãos.

Já tendo sido afastada a “*dificuldade contramajoritária*”, a “*limitação do debate*” termina mitigada pela constatação de que aos Tribunais de Contas, este problema se mostra de menor gravidade, em função de, pelo menos, duas características específicas das atividades de controle externo: (i) a legitimação específica atuante como sustentáculo da ação de controle, posto que, tal como apontado no item 3.3, a “*aceitabilidade*” da decisão tomada pelo órgão de controle dependerá, essencialmente, do procedimento adotado pela Corte de Contas, o qual servirá para desfazer o dissenso acerca do conteúdo e (ii) as inúmeras possibilidades de deflagração da atuação dos órgãos de controle externo a partir dos entes da sociedade, naquilo que se identificou, no item 1.1, como controle social, sendo possível afirmar que as possibilidades de deflagração do controle externo pela via “*social*” são mais amplas que as possibilidades de deflagração do controle judiciário pela mesma via, em virtude das regras específicas do processo judicial, ainda – e necessariamente – vocacionadas para os processos individuais.

Por fim, o argumento das “*capacidades institucionais*” – embora mereça reflexões posteriores, tendo em vista seu caráter necessariamente empírico³⁴⁴ - pode ser rebatido a partir da constatação de que a própria doutrina especializada reconhece que os Tribunais de Contas, na qualidade de órgãos responsáveis pela realização do controle externo da atuação da Administração Pública, e, conseqüentemente, pelo controle externo de políticas públicas, dispõem de uma *expertise* específica quanto à matéria, o que, a nosso sentir, justificaria o afastamento de uma postura “*conservadora*” (de auto-contenção) em prol de uma postura mais “*ativista*” por parte das Cortes de Contas. Vale dizer: aos Tribunais de Contas foram atribuídas competências específicas e exclusivas de controle externo da Administração Pública, contando também estes órgãos de controle externo com a *expertise* necessária e suficiente para o desempenho de suas atribuições, sendo certo que estas competências e atribuições, pela sua própria natureza, impõem uma postura necessariamente “*ativista*” aos Tribunais de Contas³⁴⁵. Diante disto, o não exercício destas competências – uma postura de auto-contenção por parte das Cortes de Contas – significaria, na verdade, o “*esvaziamento*” de todo o sistema de controle externo da Administração Pública desenhado pelo constituinte de 1988.

Muitas são as propostas tendentes à modificação substancial do sistema brasileiro de controle externo. Dentre outras, destacam-se propostas visando a inserção do sistema de controle externo na estrutura judicial nacional – passando os Tribunais de Contas a fazer parte do Poder Judiciário – e propostas visando modificar o procedimento de escolha dos membros (Ministros/Conselheiros) componentes dos Tribunais de Contas. No primeiro caso, temos que a inserção das Cortes de Contas no sistema judiciário (como, por exemplo, ocorre com o Tribunal de Contas de Portugal) poderia reforçar os aspectos judicialiformes da atuação da Corte (com reflexos em sua legitimação procedimental), mas, consoante apontado por Speck³⁴⁶, poderia levar a um mero “*espelhamento*” da estrutura administrativa pelo Tribunal de Contas, em detrimento de sua competência de auditoria.

³⁴⁴ Sendo esta, a nosso sentir, uma trilha promissora de pesquisa a ser futuramente por nós percorrida, até mesmo porque os estudos acerca das capacidades institucionais devem ser, na esteira da doutrina, necessariamente comparativos, contrapondo diversas instituições, seus pontos forte e fracos, para que verifique, em cada caso concreto, para que órgão deve ser carreada a competência para decidir.

³⁴⁵ Não há como determinar a correção de uma ilegalidade – *ex vi* do art. 71, IX da CRFB – sem adotar uma postura ativista. Da mesma forma, não há como avaliar uma política pública, através de uma auditoria, sem que se forme um juízo de valor/desvalor acerca do programa em exame. Se considerarmos que todo o plexo de competências dos Tribunais de Contas, quando exercidas, resultam em postura “*ativista*” teremos dito, com todas as letras, que a atuação do controle externo é, essencialmente, político-partidária, esvaziando a essência do controle externo, necessariamente republicano e impessoal.

³⁴⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação** (...) *op. cit.*, p. 212.

No segundo caso, eventual modificação do sistema de escolha dos membros componentes das Cortes de Contas terminaria por solucionar uma aparente “*distorção*” criada pela Constituição da República. Com efeito, a CRFB estabeleceu, em consonância com a titularidade do controle externo, que a maior parte dos membros das Cortes de Contas seria selecionada pelo Poder Legislativo. No caso do Tribunal de Contas da União, dos 9 (nove) membros, 6 (seis) são escolhidos pelo Poder Legislativo e apenas 3 (três) pelo Poder Executivo, sendo certo ainda que as escolhas do Poder Executivo são limitadas, já que se determina que um dos membros escolhidos pelo Poder Executivo deve ser Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal e outro deve ser escolhido dentre os Auditores Substitutos de Ministro.

Ao contrário, as escolhas do Poder Legislativo podem recair sobre qualquer pessoa, inclusive sobre membros (deputados/senadores) do próprio Poder Legislativo. Em outras palavras: o poder de escolha outorgado ao Poder Legislativo está sendo por este interpretado como efetiva “*reserva de mercado*”, quando o que se pretendeu fazer foi democratizar as escolhas, posto que, no sistema constitucional anterior (art. 73, §3º, da Constituição de 1967), os membros dos Tribunais de Contas eram, todos eles, selecionados pelo Poder Executivo. A atual redação da Constituição, ao pretexto de democratizar a escolha, terminou por construir outro (e, talvez, ainda mais nocivo) “*monopólio*” de indicações³⁴⁷.

Existem propostas no sentido de: (i) impedir que membros da legislatura vigente possam se candidatar às vagas abertas; (ii) orientar as escolhas em sentido técnico, nas mais variadas vertentes (participação de membros de conselhos profissionais, escolhas dentre os membros do corpo técnico do Tribunal, etc) e (iii) afastar o atual regime de vitaliciamento, estabelecendo mandatos mais ou menos longos para os componentes do Corpo Deliberativo. Todas estas propostas, em maior ou menos grau, tem por objetivo “*reequilibrar*” os critérios técnico e político no âmbito das Cortes de Contas, evitando que o critério “*político*” (*rectius*: partidário) prevaleça nas decisões atinentes ao controle externo.

Não obstante as propostas de aperfeiçoamento do sistema de controle externo, as quais, hoje, são estritamente *de lege ferenda* – e arriscando, por certo, ousar em seara

³⁴⁷ Veja-se, para um interessante rol de críticas feitas ao sistema atual de composição das Cortes de Contas, VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. **Alternativas de Alteração na composição e formas de escolha dos membros dos Tribunais de Contas dos Municípios, dos Estados e da União**. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/306581.pdf>>, acesso em 13 de setembro de 2014.

movediça – respondemos um provocativo “*sim*” à indagação motriz deste trabalho, afirmando que, mais do que uma possibilidade, uma postura ativista das Cortes de Contas é, hoje, uma necessidade, para que se preservem – e se estendam - as inúmeras promessas aventadas pela Carta Constitucional de 1988, consubstanciadas no extenso rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos em favor do cidadão brasileiro. Os Tribunais de Contas não podem mais se divorciar do exercício integral de suas competências, atuando sob a alegação de uma “*função pedagógica*” que mal disfarça a flagrante omissão quanto ao múnus que lhe foi constitucionalmente atribuído³⁴⁸.

Por certo, este exercício integral de suas competências (que sequer precisaria ser denominado “*ativismo*” pois este conceito implica, de modo inafastável, uma extrapolação de um círculo de atribuições) passa, obrigatoriamente, por: (i) uma maior eficácia das decisões, inclusive com a imposição efetiva de sanções (pecuniárias ou não) pelos Tribunais de Contas; (ii) uma efetiva utilização das competências corretivas dos Tribunais, admitindo-se que a insuficiência/deficiência no financiamento/realização de uma política pública configura uma “*ilegalidade*” (para usar a dicção do art. 71, IX da CRFB) a ser corrigida e (iii) uma valorização das competências de investigação/auditoria das Cortes de Contas, para além do mero controle da conformidade, visando também o controle do desempenho das políticas públicas (com a verificação, na realidade concreta, do maior/menor grau de realização do direito fundamental envolvido). A nosso sentir, estas três medidas configurariam verdadeiro ciclo virtuoso, onde as Cortes de Contas, a partir do controle de desempenho das políticas públicas, poderiam corrigir as deficiências percebidas, e, se for o caso, impor sanção aos envolvidos. A correção das deficiências implicaria em maior legitimidade das próprias políticas públicas, ao passo que a imposição de sanções aumentaria o nível de *accountability*/responsividade dos gestores públicos envolvidos.

Tudo isto já é possível hoje, com o instrumental já outorgado aos órgãos de controle externo pela Constituição de 1988, bastando, para tanto, que as Cortes de

³⁴⁸ Consoante Marlon Fonseca Côrrea: “o caráter pedagógico-punitivo das multas aplicadas pelos Tribunais de Contas, se utilizado dentro de uma proporcionalidade e de uma razoabilidade, é ferramenta essencial na consecução dos valores constitucionais escolhidos pelo próprio povo e que se materializam, muitas vezes em políticas públicas. Em suma, punir e educar, muitas vezes são verbos que andam juntos, e que, por vezes, são indissociáveis, principalmente quando tratamos do caráter pedagógico-punitivo das multas aplicadas pelos Tribunais de Contas”, in CÔRREA, Marlon Fonseca. **A Função Pedagógico-Punitiva das multas aplicadas aos administradores públicos pelos Tribunais de Contas**, disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2013/trabalhos_22013/MarlonFonsecaCorrea.pdf>, acesso em 13 de setembro de 2014.

Contas exerçam, de fato (e não apenas de forma “pedagógica”), o amplo rol de funções que lhes foram atribuídas.

Destarte, aduz Ayres Britto que, no que toca ao desiderato constitucional referente aos Tribunais de Contas, estes “(...) *se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração*”³⁴⁹, afirmando que “*se, na prática, os Tribunais de Contas muito se distanciam da função que lhes confiou a gloriosa Lex Legum de 1988, trata-se de disfunção ou de defecção que urge corrigir*”³⁵⁰. Nossa conclusão é a de que tal disfunção pode ser corrigida, antes de tudo, por uma simples **mudança de postura**, atuando as Cortes de Contas de forma mais proativa, pois, do contrário, serão as Cortes de Contas obrigadas a conviver com a advertência, também veiculada por Ayres Britto, de que a auto-contenção imotivada (ou, pior, motivada por razões indeclináveis)³⁵¹ diante da Administração Pública, os fará sujeitos “(...) *mais e mais a pressões sociais de pura e rasa extinção*”³⁵².

³⁴⁹ BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 74.

³⁵⁰ BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 74.

³⁵¹ Sendo público e notório – e também infeliz, dada a relevância das atribuições do órgão – que os Tribunais de Contas, no mais das vezes, se tornam notícia não em função das informações que produzem ou dos julgamentos que realizam, mas em virtude dos desvios de conduta praticados por alguns de seus componentes.

³⁵² BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 74.

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, ed. revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers** in *Harvard Law Review*, vol. 113, nº 3, jan. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático, in Constitucionalismo Discursivo, 4ª ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais**, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 57, 2003.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo, in **Direito, Estado e Sociedade, nº 38**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, janeiro/junho 2011.

Auditor General of Canada, Disponível em < http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/au_fs_e_370.html>, acesso em 13 de setembro de 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed.** São Paulo: Malheiros, 2007.

BAGATIN, Andréia Cristina. **O Problema da Captura das Agências Reguladoras Independentes**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas**, in FREITAS, Ney José (Coord.) *Tribunais de Contas – Aspectos Polêmicos – Estudos em homenagem ao Conselheiro João Feder*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**, in QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 8ª ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial – Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf, acesso em 04.04.2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BICCA, Carolina Scherer. **Desmistificando o Ativismo Judicial**, in *Direito Público*, Vol. 1, nº 46 (2012). Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1277/1169>, acesso em 05.04.2015

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the bar of Politics**. New Haven: Yale Law Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo**, 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Texto compilado disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Texto compilado disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 183/MT**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 07 de agosto de 1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.994/ES**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 24 de maio de 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.421/TO**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 06 de outubro de 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 28.668/DF**. 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski julgado em 27 de maio de 2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.877/2005. Plenário**. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julgado em 15 de novembro de 2005.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 179/2007. Plenário**. Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 14 de fevereiro de 2007.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4.577/2013. 2ª Câmara**. Rel. Min. José Jorge, julgado em 06 de agosto de 2013.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.532/2012. Plenário**. Rel. Min. Valmir Campelo, julgado em 20 de junho de 2012.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 807/2007. Plenário**. Rel. Min. Raimundo Carreiro, julgado em 09 de maio de 2007.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.057/2014. Plenário**. Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 06 de agosto de 2014.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 85/2005. Plenário.** Rel. Min. Augusto Sherman, julgado em 16 de fevereiro de 2005.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.877/2012. Plenário.** Rel. Min. Augusto Nardes, julgado em 24 de outubro de 2012.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.427/2009. Plenário.** Rel. Min. Raimundo Carreiro, julgado em 14 de outubro de 2009.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.672/2007. Plenário.** Rel. Min. Augusto Nardes, julgado em 14 de junho de 2007

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**, in O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari, **O Conceito de Política Pública em Direito**, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Bundesrechnungshof. Disponível em <<https://www.bundesrechnungshof.de/de/bundesrechnungshof/rechtsgrundlagen>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista.** Campinas: Millenium, 2007.

CALDAS FURTADO, J.R. **Direito Financeiro**, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAMPELO, Valmir. **O Tribunal de Contas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, in O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Comptroller and Auditor General, Wikipedia, Disponível em <<http://www.nao.org.uk/about-us/>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

CÔRREA, Marlon Fonseca. **A Função Pedagógico-Punitiva das multas aplicadas aos administradores públicos pelos Tribunais de Contas**, disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2013/trabalhos_22013/MarlonFonsecaCorrea.pdf>, acesso em 13 de setembro de 2014.

COSTA, Frederico Lustosa da, e CASTANHAR, José Cezar. **Avaliação de Programas Públicos: desafios conceituais e metodológicos**, in Revista de Administração Pública, vol 37, nº 5. Rio de Janeiro: FGV, Set/Out. 2003.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: Evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Court of Audit of Belgium, Disponível em < <https://www.ccrek.be/EN/Presentation/HistoricalSurvey.html>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

Court of Audit (France), Disponível em < <https://www.ccomptes.fr/Nos-activites/Cour-des-comptes/Histoire-et-patrimoine>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

Court of Audit (Greece), Disponível em < http://www.elsyn.gr/elsyn/root_eng.jsp>, acesso em 14 de setembro de 2014.

Court of Audit (Netherlands), Disponível em < <http://www.courtfaudit.nl/english/Organisation>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DAVI, Kaline Ferreira. **A Dimensão Política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf, acesso em 05.04.2015.

DI GIOVANNI, Geraldo e NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Dicionário de Políticas Públicas**, disponível em <<http://dicionario.fundap.sp.gov.br/Verbetes/92>>, acesso em 10.09.2014.

DOWNS, Anthony. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Edusp, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DYE, Thomas R. **Understanding Public Policy, Fourteenth Edition**. Upper Saddle River: Pearson, 2013.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A Política da Avaliação de Políticas Públicas**, in Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS, Vol. 20, nº 59. São Paulo: ANPOCS, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A Democracia através dos Direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini-Aurélio, 6ª ed**. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Marcus Faria e FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. **Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica** in Análise e Conjuntura Vol. 1, nº 3. Belo Horizonte:FJP, 1986.

FONTE, Felipe de Melo. Desenho Institucional e Políticas Públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial, in **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 64**, 2009.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, J.R. Caldas. **Direito Financeiro**, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Eficiência e Legitimidade do Estado – Uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político**. São Paulo: Manole, 2003

GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's Law Dictionary**, 8ª ed. Saint Paul: Thomson-West, 2004.

GOMES DE PINHO, José Antônio e SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?** in Revista de Administração Pública, vol. 43, nº 6, nov/dez. 2009, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000600006>, acesso em 10.09.2014.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e Controle da Atividade Financeira Estatal**, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito. A Expansão política do Direito**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Government Accountability Office, Disponível em <<http://www.gao.gov/about/index.html>>, acesso em 13 de setembro de 2014.

HELD, David e MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. **Globalização em Questão – A Economia Internacional e as Possibilidades de Governabilidade**, 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

História do Tribunal de Contas, Disponível em <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia.shtm>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

História do Tribunal de Contas da Europa, Disponível em <<http://www.eca.europa.eu/pt/Pages/Welcome.aspx>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

História do *Tribunal de Cuentas*, Disponível em <<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/historia/>>, acesso em 14 de setembro de 2014.

IANNI, Octavio. **A Era do Globalismo**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

INTOSAI. **ISSAI 100 – Principios Fundamentales de Auditoría del Sector Público**. Viena, 2013

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**, in California Law Review, vol. 92, 2004.

KRAMER, Ana Maria Gorosito. Identidad, Cultura y Nacionalidad *in* BAYARDO, Rubens e LACARRIEU, Mônica. **Globalizacion e Identidad Cultural**. Buenos Aires: Ediciones CICCUS, 1997.

LEITÃO ADEODATO, João Maurício. **O problema da Legitimidade no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. **O Princípio Constitucional da Economicidade e o Controle de Desempenho pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOPES JR., Eduardo Monteiro. **A Judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo**, *in* QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcanti e MENEZES, Tarcísio. **Republicanismo Contemporâneo, Constituição e Política**, *in* SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAJONE, Giandomenico. **Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Consequências da mudança no modo de Governança**. Disponível em <http://fgv1.tempsite.ws/ccmw/images/0/08/Majone.pdf>, acesso em 29.03.2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional, 4ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES DA SILVEIRA, Alexandre Magno. O Direito Fundamental à Saúde e o Direito Financeiro, *in* DOMINGUES, José Marcos (org.). **Direito Financeiro e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: GZ, 2015

MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas**, *in* O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo, 14ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2006

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade-Finalidade-Eficiência-Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORGADO, Cíntia. A nova face da Separação de Poderes – Capacidades Institucionais, Vinculação dos Poderes e Constitucionalismo Cooperativo, *in* **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 66**, 2011.

MURPHY, Liam e NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NÓBREGA, Marcos. **Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro, 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I – Introdução – Pessoas Físicas e Jurídicas, 4ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

REVISTA VEJA (ed. eletrônica). Nota intitulada “*Baixar a bola, ministro*”, disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/brasil/baixar-a-bola-ministro-diz-paes-a-levy/>, acesso em 31.03.2015.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A Função Controle na Administração Pública Orçamentária – Controle Interno e Externo**, in *O Novo Tribunal de Contas – Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-Democracy – Politics in an age of Distrust**. Cambridge: Cambridge University Press (Kindle ed.), 2008

_____. **Democratic Legitimacy – Impartiality, Reflexivity, Proximity**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, 11ª ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada, Vol. 1 – O debate contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, ed. eletrônica.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos, 2ª ed.** São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SOUZA, Álvaro Reinaldo de. **Os Povos Indígenas: Minorias Étnicas e a Eficácia dos Direitos Constitucionais no Brasil** (Tese). Florianópolis: 2002.

SOUZA Celina. **Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas**, in HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta e MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, História e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013

SPECK, Bruno, Wilhelm. **Estratégia para melhorar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com a Sociedade Civil – Uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados Brasileiros**. Disponível em https://www.academia.edu/5628718/Bruno_Wilhelm_Speck_Estrat%C3%A9gia_para_melhorar_o_relacionamento_entre_Tribunais_de_Contas_Estaduais_com_a_Sociedade_Civil_Uma_estrat%C3%A9gia_para_aumentar_a_efic%C3%A1cia_da_auditoria_governamental_nos_Estados_brasileiros, acesso em 08.03.2015.

_____. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União**. Disponível em < https://www.academia.edu/3810444/Bruno_Wilhelm_Speck_Inova%C3%A7%C3%A3o_e_rotina_no_Tribunal_de_Contas_da_Uni%C3%A3o >, acesso em 08.03.2015.

STRUCHINER, Noel. **Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico**, in SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André, *Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos?* in SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André (Orgs.) **Direito da Regulação e Políticas Públicas**, São Paulo: Malheiros:2014.

SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights – Why Liberties depend on taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

_____; VERMEULE, Adrian. *Interpretations and Institutions*, in **John M. Olin Law & Economics Working Papers n° 156**, disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>, acesso em 14.09.2014.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia**, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, Vol. II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, Vol. V – O Orçamento na Constituição, 3ª ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A Jurisprudência dos Valores** in SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília: TCU, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. **Alternativas de Alteração na composição e formas de escolha dos membros dos Tribunais de Contas dos Municípios, dos Estados e da União**. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/306581.pdf> >, acesso em 13 de setembro de 2014.

WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações, 18ª ed.** São Paulo: Cultrix, 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil**, in RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 263, mai/ago. 2013. Rio de Janeiro: FGV, disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10649/9643>>, acesso em 10.09.2014.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria General del Estado – Ciencia de la Política**. Ciudad Universitaria: UNAM, 1985.